Umfang des Schadensersatzanspruchs bei culpa in contrahendo

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
des Fachbereiches Rechtswissenschaft
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Mao-zong Huang
aus Taiwan

1974

FOTODRUCK PRÄZIS Barbara v. Spangenberg KG · Tübingen

74 257

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546528_0060

Umfang des Schadensersatzanspruchs bei culpa in contrahendo

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
des Fachbereiches Rechtswissenschaft
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Mao-zong Huang
aus Taiwan

1974

FOTODRUCK PRÄZIS Barbara v. Spangenberg KG · Tübingen

Vervielfältigt mit Unterstützung

der Steyler Mission

Dekan: Professor Dr. Knut Wolfgang Nörr

1. Berichterstatter: Professor Dr. Josef Esser

2. Berichterstatter: Professor Dr. Hermann Lange

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Mai 1974

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Umfang des Schadensersatzanspruchs

bei

culpa in contrahendo

Gliederung

ERSTES KAPITEL

Einleitung 1

§ 1 Vorvertragliche Pflichten und ihre Gliederung 1
I. Klarstellung des zu behandelnden Bereiches dieser Arbeit 1
II. Vorvertragliche Pflichten "in contrahendo" und ihre Gliederung 6
A. "sozialer" bzw. "geschäftlicher" Kontakt als Grundlage der vorvertraglichen Pflichten 6
B. Die Arten der Interessen als Ausgangspunkt zur Gliederung der vorvertraglichen Pflichten 8
C. Die traditionelle "negativ-positive" Gliederungstheorie 9
D. Die (eigene) "statisch-dynamische" Gliederungstheorie 13
E. Terminologische Überlegung 16
1. Schutzpflichten (statische Pflichten) 16
2. Redlichkeitspflichten (dynamische Pflichten) 18
F. Der Vorteil der "statisch-dynamischen Gliederungstheorie" und der Ausdrücke "statische" und "dynamische" Pflichten 19
G. Im Einzelnen: 20
1. Schutzpflichten (statische Pflichten) 20
a. Schutzpflichten, die dem Integritätsinteresse (statischem Interesse) dienen 20

b. Schutzpflichten in contrahendo und Verkehrssicherungspflichten (allgemeiner Schutzpflichten) 22

2. Redlichkeitspflichten (dynamische Pflichten), die dem "dynamischen" Interesse dienen 24

III. Zur Abgrenzung von Erfüllungsinteresse, Vertrauensinteresse und Integritätsinteresse 25
IV. Induktive Typisierung als Methode 36

ZWEITES KAPITEL
Induktive Typisierung

Erster Abschnitt: Statisches Interesse 37

§ 2 Statisches Interesse = Integritätsinteresse 37

I. Überblick 37
A. Nichtabstufbarkeit des statischen Interesses 37
B. Falsche Einordnung des statischen Interesses in das negative Interesse 37
C. Der Widerspruch zwischen "Statik" und "Dynamik" als Hauptwiderspruch im "werdenden" Rechtsverhältnis 40
D. Unterteilung in Fallgruppen 41
II. Menschliche Handlung 43
III. Unsicherheit der Vertragsverhandlungssituation 45
A. Begriff der Vertragsverhandlungssituation (VVS) 45
B. Unsicherheit der Vertragsverhandlungssituation 46
C. Mögliche Beispiele 46
1. Geschäftsraum 46
a. Begriff des Geschäftsraumes 46
b. Verkehrseröffnung des Geschäftsraumes und Handeln auf eigene Gefahr 47
2. Menschlicher Zustand: z.B. ansteckende Krankheit 49

3. Der Verhandlungsgegenstand 51
a. Begriff des Verhandlungsgegenstands 51
b. Das praktische Bedürfnis nach statischen Pflichten 52
c. Konkurrenzfrage zwischen Leistungs- und statischen Pflichten 53
d. Die nicht auf Sachmängel bezogenen Fälle 55
e. Die auf Sachmängel bezogenen Fälle 56
aa) Schließt § 463 im Fall des statischen Interesses culpa in contrahendo aus? 56

Zweiter Abschnitt: Dynamisches Interesse
I. Abstufbarkeit des dynamischen Interesses 59
II. Unterteilung der Fallgruppe 60

§ 3 Vertrauensinteresse 60
I. Scheitern der Vertragsverhandlung 60
A. Nichteintritt in die Vertragsverhandlung 60
1. Wegen Nichteinhaltung der Verabredung 61
2. Wegen irreführender Reklame 61
B. Die Ablehnung des Vertragsabschlusses mit triftigem Grund 63
C. Versteckter Dissens 64
II. Unwirksamkeit des abgeschlossenen Vertrages 66
A. (Fahrlässiger) Willensmangel (I) 66
1. Stellungnahme zum Tatbestand der Willenserklärung 66
2. Mangel der Ernstlichkeit (§ 118) 68
a. Bewußte Fahrlässigkeit und Rechtsfolge 68
b. Fehleinordnung des § 118 in § 122 70
3. Irrtum und falsche Übermittlung 72
a. Auf welchem Prinzip (Veranlassungs-, Verschuldens- oder Risikoprinzip) beruht die Haftung nach § 122? 72

b. Die Merkmale der Skala der subjektiven Elemente des Irrenden nach § 122 und die Überbetonung eines Extrems der Skala 75
c. Die Notwendigkeit und der Wert der Einordnung des Falles des § 122 in culpa in contrahendo 76
d. Rechtsfolge 77
e. Falsche Übermittlung 78
4. Fahrlässige Täuschung 79
B. Stellvertretung (I) 81
1. Haftung des Vertretenen 81
a. Fahrlässiger Willensmangel bei der Bevollmächtigung 81
b. Fahrlässiger Willensmangel bei der Duldungsvollmacht 83
2. Haftung des Vertreters 83
a. Vertretung ohne Kenntnis des Mangels der Vertretungsmacht (§ 179 II) 83
C. Formmangel (I) 86
1. Fahrlässige Nichteinhaltung der Formvorschriften 86
a. Der Vertrag wäre ohne Fahrlässigkeit auch nicht formgerecht abgeschlossen worden 86
D. Anfängliche Unmöglichkeit und Gesetzesverstoß 86
E. Anfängliches Unvermögen (I) 90

§ 4 Das Erfüllungsinteresse

I. (Vorsätzlicher) Willensmangel (II) 91
A. Geheimer Vorbehalt (§ 116) 91
B. Arglistige Täuschung 93
1. Begriff der Arglist in § 123 93
2. Abgrenzung zwischen bewußter Fahrlässigkeit und (bedingtem) Vorsatz 94
a. Unerheblichkeit der vorgetäuschten bzw. verschwiegenen Umstände 95

b. Durchschaubarkeit der Täuschung und Annahme der Kenntnis des Getäuschten von den vorgetäuschten bzw. verschwiegenen Umständen 96
3. Rechtsfolge 97
II. Scheitern der Vertragsverhandlung 99
A. Die Ablehnung des Vertragsabschlusses ohne triftigen Grund 99
III. Stellvertretung (II) 101
A. Haftung des Vertretenen 101
1. Externe Bevollmächtigung und §§ 171, 172. 101
2. Geheimer Vorbehalt bei der Duldungsvollmacht 107
3. Anscheinsvollmacht 111
B. Haftung des Vertreters 116
1. Vertretung mit Kenntnis des Mangels der Vertretungsmacht (§ 179 I) 116
IV. Formmangel (II) 118
A. Überblick 118
B. Vorsätzliche Nichteinhaltung der Formvorschriften 121
C. Fahrlässige Nichteinhaltung der Formvorschriften 123
1. Der Vertrag wäre ohne die Fahrlässigkeit formgerecht abgeschlossen worden 123
V. Anfängliches Unvermögen (II) 126
VI. Anfänglicher Sachmangel 128
A. Arglistiges Verschweigen eines Fehlers bzw. arglistiges Vorspiegeln einer Eigenschaft 128
§ 5 Rückabwicklungsinteresse 131

DRITTES KAPITEL
Zusammenfassung

§ 6 Zusammenfassung 133
Verzeichnis der Abkürzungen 136
Literaturverzeichnis 137

ERSTES KAPITEL: Einleitung

§ 1 Vorvertragliche Pflichten und ihre Gliederung

I. Klarstellung des behandelten Bereiches dieser Arbeit

Das Ziel dieser Arbeit ist, die Richtigkeit der bis heute noch überwiegend anerkannten Ansicht[1] zu überprüfen, die den Umfang des Schadensersatzanspruchs bei culpa in contrahendo grundsätzlich auf das negative Interesse beschränkt. Aus dieser ungeeigneten Beschränkung gehen folgende Modifikationen hervor: Das negative Interesse kann unter Umständen auch dem Erfüllungsinteresse gleichkommen[2] oder größer als das Erfüllungsinteresse sein[3]. Mit der Vermehrung[4] der Fallgruppen solcher Modifikationen taucht der Zweifel auf, ob die "grundsätzliche" Beschränkung auf das negative Interesse sachgerecht ist, nicht zuletzt auch, ob sie noch "grundsätzlich" ist! Es ist nicht überzeugend, mit der For-

---

1) Esser § 10, 3a, b; Fikentscher, Schuldrecht, 1971 S. 69; Staudinger-Weber, A 788 § 242; Soergel-Reimer Schmidt, 18 vor § 275; Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 242 mit weiterem Hinweis auf Rechtsprechung und Literatur.

2) Vgl. Larenz, SAT, S. 95; Hildebrandt, Erklärungshaftung, 1931. S. 243. Es sind die unter in § 4 erörterten Fälle.

3) Hildebrandt aaO. S. 243. Nicht richtig ist das von Hildenbrandt hierunter gestellte Beispiel , daß der Vertrauende, der ein an ihn gestelltes noch günstigeres Angebot wegen des Vertrauens versäumt hat, deswegen von dem anderen verlangen könne, ihn so zu stellen, als ob er dieses Angebot nicht versäumt hätte. Das Risiko des Versäumnisses ist ohne weiteres von den Beteiligten jeweils selbst zu tragen. Ferner vgl. unten § 1 III über "alternative Kosten". Ein geeignetes Beispiel ist hingegen ein Fall, der sich auf Schutzpflichten bezieht (vgl. unten § 2). So auch Reinicke, Formangel und Verschulden bei Vertragsschluß, DB 67, 111; ferner Larenz, SAT, S. 94 f. Hinsichtlich der Fälle zum Ersatz der nutzlosen Aufwendungen vgl. unten § 1 III. (= S. 28 f.).

4) Vgl. unten §§ 2, 4.

mulierung des sog. "unbeschränkten negativen Interesses" solche Modifikationen zu rechtfertigen und damit den traditionellen, der Tatsache nicht mehr entsprechenden Ausdruck des "negativen Interesses", das kleiner als das Erfüllungsinteresse sein soll, weiter beizubehalten. Dies verdirbt zum einen nur die Möglichkeit, die eigentliche Bedeutung des negativen Interesses zu begreifen und verhindert zum anderen die eigentliche Entwicklung des Instituts der culpa in contrahendo. Das sich hieraus ergebende auffälligste Übel ist die von der Praxis und Lehre üblicherweise herangezogene Aussage: Einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse habe man bei einer Haftung für culpa in contrahendo zu verneinen[1]; ein Fall, in dem man einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse anerkannt hat, könne nicht zu culpa in contrahendo gehören, auch wenn er die Merkmale für deren Voraussetzungen, nämlich "culpa" und "in contrahendo" besitzt[2].

---

1) Vgl. Soergel-Hefermehl, 21 § 125.

2) Soergel-Ballerstedt, 20 vor § 459: "§ 463 hat nichts mit culpa in contrahendo zu tun; denn wenn das Gesetz die Zusicherung als Verletzung der Pflichten aus dem vorvertraglichen Verhandlungsverhältnis hätte behandeln wollen, so hätte es dem Verkäufer nur Ersatz seines Vertrauensschadens zubilligen" müssen. Diese Formulierung ist typisch und unglücklich. Sie ist eine bloße Heranziehung einer bedenklichen Formel und somit natürlich ohne Begründung. Durch diese Formel wird man gezwungen, entweder aus der Lehre des Rechtsgeschäfts (vgl. Franz Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtendenRechtsgeschäftes, 1967; Larenz, AT, § 19 III) oder aus der Lehre der Vertrauenshaftung (vgl. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971) und sonstigen Instituten umständlich eine Lösung zu finden. Vgl. unten §§ 4, 6.

Nach dem Grundsatz der Totalreparation[1] hat der Schädigende den einem anderen zugefügten Schaden wiedergutzumachen. Durch die Anerkennung dieses Grundsatzes, birgt die h. M. die Gefahr in sich, daß die von ihr vertretene bedingungslose Beschränkung der Haftung von culpa in contrahendo zumindest[2] mit der Expansion ihrer Fallgruppen[3] nicht mehr in Einklang zu bringen ist. Daher steht die h. M. vor dem Dilemma: Entweder bei dem überkommenen Glauben an die Beschränkung zu bleiben und es auf sich zu nehmen, daß die dynamischen Zustände[4] hinsichtlich der "generellen Feststellung"[5]

---

1) Diesem Grundsatz folgt das BGB, "soweit es die materiellen Einbußen des durch das Schadensergebnis Betroffenen angeht" (Esser, SAT, S. 273).

2) Die h. M., die offensichtlich auf der "negativ-positiven Gliederungstheorie" (vgl. unten § 1 II C) aufbaut, entspricht nicht der dynamischen Eigentümlichkeit der Fälle, die sie zu lösen versucht. Sie ist somit nicht in der Lage, den Fällen zweckmäßig gerecht zu werden. Eine sachgerechte Lösung kann sie nur zufällig bringen. Dieser Mangel ist im Zuge der Expansion der Fallgruppen noch klarer geworden. Vgl. unten § 1 II D.

3) Vgl. unten § 2, insbesondere § 4.

4) Das Integritätsinteresse ist unter dem angenommenen Zustand zu verstehen, daß alle seine Größen beeinflußenden Faktoren von einem bestimmten Zeitpunkt (hier z.B. dem Eintritt in die Vertragsverhandlung) an gleich bleiben. Dieser Zustand ist als "statischer Zustand" zu bezeichnen (vgl. unten S. 31 Anm. 1). Das Interesse, das man (hier z.B. der Verhandelnde) hierbei hat, ist daher auch als das statische Interesse zu bezeichnen, dem die statischen Pflichten dienen. Zur Vertragsverhandlung wird ein Teil des "Integritätsinteresses" von diesem entnommen und als Vertragskosten aufgewendet. Mit diesen Vertragskosten streben die Verhandelnden nach dem Vertragsabschluß, also nach der Erlangung des Erfüllungsinteresses. Hierbei sind die oben erwähnten Vertragskosten von dem statischen Zustand in einen sich entwickelnden Zustand gelangt, der als ein "dynamischer Zustand" zu bezeichnen ist. Da die Entwicklungsstufe der Vertragsverhandlung und das subjektive Moment, das hier in Form des Verschuldens auftritt, die Folge der Entwicklung des "dynamischen Zustandes" bestimmen, werden die beiden als "dynamische Faktoren" bezeichnet. Die durch die "dynamische Faktoren" gesteuerte Entwicklung zeigt eine Eigentümlichkeit dieses Zustandes, die wiederum als "dynamische" bezeichnet wird. Das Interesse, das die Verhandelnden hierbei haben, ist das "dynamische Interesse", dem die "dynamischen Pflichten" dienen.

5) Vgl. unten S. 9 Anm. 1.

des zu ersetzenden Schadens unsachgerecht nach der veralteten und einzigen Vorlage, nämlich dem negativen Interesse, geformt werden; oder auf diesen überkommenen Glauben zu verzichten und eine "induktive Typisierung"[1] vorzunehmen, so daß die dynamischen Zustände hinsichtlich der generellen Feststellung des zu ersetzenden Schadens nach einem der neu gebildeten und verschiedenen Typen gelöst werden. Diese Arbeit versucht zu beweisen, daß die zweite Möglichkeit den günstigeren Weg darstellt, um aus dem Dilemma herauszukommen. Ein Anhänger der h. M. kann beim Einwand gegen diese Ansicht taktisch den Gedanken des Rechtswidrigkeitszusammenhangs bzw. des Schutzzweckes heranziehen und strategisch den Grundsatz der Privatautonomie.

Die erste Argumentation ist als schlichte petitio principii zurückzuweisen, weil von dem Rechtswidrigkeitszusammenhang erst dann die Rede sein kann, wenn die Regelung nicht angezweifelt wird; die Widerlegung der zweiten Argumentation wird unten in § 6 bei der Zusammenfassung vorgenommen, weil es nötig ist, zuerst durch "induktive Typisierung" ein von der Lehre bzw. der Praxis tatsächlich unterstütztes Prinzip, mag es bisher auch im Gewande eines anderen Instituts als der culpa in contrahendo auftreten, herauszuarbeiten, um die mit dem Grundsatz der Privatautonomie gepanzerte h. M. durchbrechen zu können.

Die (eigene) "statisch-dynamische Gliederungstheorie" der vorvertraglichen Pflichten, die theoretische Grundlage dieser Arbeit, wird anhand einer allgemeinen Konfrontation mit der traditionellen "negativ-positiven Gliederungstheorie" in § 1 II erörtert. Sie wird als Grundlage der Typisierung der Fallgruppen benutzt und hierbei an der Praxis und Lehre überprüft.

---

1) Vgl. unten § 1 IV.

Der Grundsatz der Totalreparation muß in Abstimmung mit der "statisch-dynamischen Gliederungstheorie" dynamisch[1] angewendet werden. Wenn das Erfüllungsinteresse grundsätzlich die Obergrenze des Vertrauensinteresses ist und wenn das BGB im Fall von Fahrlässigkeit bzw. ohne Verschulden wie §§ 119 f, 122 I nur den Ersatz des Vertrauensinteresses, im Fall von Arglist wie § 463 hingegen den Ersatz des Erfüllungsinteresses regelt, ist die dynamische "generelle Feststellung" des Umfangs des zu ersetzenden Schadens[2] somit dem BGB nicht fremd. Es ist nicht einzusehen, warum das BGB keine "Abstufung der Haftung nach dem Verschuldensgrad"[3] kennen sollte.

Das endgültige Ziel dieser Arbeit ist es, die Anerkennung des Grundsatzes zu erreichen, nach dem der Umfang des zu ersetzenden Schadens dynamisch[3a] je nach der Entwicklungsstufe der Vertragsverhandlung und dem Verschuldensgrad generell festgestellt werden soll. Daher werden nur die Faktoren der Entwicklungsstufe und des Verschuldensgrades in dieser Arbeit berücksichtigt. Sonstige, diesen Haftungsumfang beeinflussungsfähige Faktoren, seien es ihn einschränkende[4], seien es ihn erweiternde[5], werden nicht berücksichtigt. So wird z.B. die Verantwortung des Geschäftsherrn für das Verschulden seines Geschäftsgehilfen nicht unter dem Gesichtspunkt der Verantwortung für fremdes Verschulden behandelt.

---

1) Vgl. unten § 1 II D.

2) Vgl. unten § 1 II B (S. 9) Anm. 1 und II D (S. 14 f).

3) Esser, SAT, S. 273. [3a] Näheres dazu oben S. 3 Anm. 4.

4) Vgl. Werner Rother, Haftungsbeschränkung im Schuldensrecht, München 1965; Esser, SAT, §§ 44, 45, 46, 47, 48; Larenz, SAT, §§ 27, 30, 31.

5) z.B. Schuldverhältnisse aus geschäftlichem Kontakt mit Schutzwirkung für Dritte. Vgl. Larenz, SAT, S. 170; Canaris, Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen, JZ 65, 480; Staudinger-Weber, 11. Aufl., A 417, 774, 813, § 242.

II. Vorvertragliche Pflichten "in contrahendo"[1] und ihre Gliederung

A. "sozialer" bzw. "geschäftlicher" Kontakt als Grundlage der vorvertraglichen Pflichten

Von dem Augenblick an, wo zwischen den möglichen Vertragspartnern "sozialer"[2] oder, als strengere Voraussetzung,

---

1) Der Begriff "in contrahendo" ist noch nicht "bestimmt". Die Unbestimmtheit liegt besonders im Fall der "Schutzpflichten" vor. Das von der Unbestimmtheit ausgehende Problem ist einerseits ein Problem für den Zeitpunkt des "Anfangs der Haftung von c.i.c.", andererseits ein Problem des Versuchs der Vereinheitlichung der "Schutzpflichten" im Geschäftsverkehr. Der Begriff "in contrahendo" wird normalerweise, wie oben gezeigt wurde, durch "sozialen Kontakt" oder "geschäftlichen Kontakt" umschrieben. Weil sich dieser Kontakt nicht nur auf das Stadium vor dem Vertragsabschluß bezieht, muß er hier auf dieses Stadium beschränkt werden. Beispiele dafür vgl. unten § 2 und § 3 I A. Ein lehrreiches Beispiel kann man aber auch im Fall der Redlichkeitspflichten finden, z.B. das fahrlässig versehentliche Handheben im Rahmen einer Versteigerung. Es ist fraglich, ob hier ein geschäftlicher Kontakt vorliegt. Noch fraglicher ist es, ob hier eine Vertragsverhandlung im technischen Sinne vorliegt. Trotzdem wird der Fall im Schrifttum nach den Haftungsgrundsätzen der culpa in contrahendo behandelt. So meint z.B. Enn-Nipperdey, daß "möglicherweise eine Haftung auf den Vertrauensschaden in entsprechender Anwendung der Haftungsgrundsätze bei der culpa in contrahendo gegeben" sei (S. 902, Anm. 26). Ähnlich (weil es bei den folgenden Autoren nicht klar ist, ob sie die Haftungsgrundsätze unmittelbar oder mittelbar, nämlich entsprechend, anwenden wollen) Lehmann-Hübner, AT, § 34 III 1 b; Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 89 ff; Heinz Hübner, Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. I, S. 381. Diesen Fall will Larenz in seinem Lehrbuch des AT (S. 296) als einen Fall der "Willenserklärung kraft Zurechnung" behandeln. Nach seiner Ansicht "habe der Erklärende jedoch die Möglichkeit der Irrtumanfechtung (§ 119 Abs. 1). Er habe dann, wenn er hiervon Gebrauch macht, dem Empfänger nur für dessen Vertrauensschaden (§ 122) einzustehen."

2) Vgl. Bananenschalefall, BGH NJW 1962, 31; zu diesem Problem allgemein Dölle, Außergesetzliche Schuldpflichten (ZStaatsw 1943, 67); auch Siebert-Knopp 105, 155 ff, § 242.

"geschäftlicher"[1) 2)] Kontakt als aufgenommen angesehen werden kann, entsteht zwischen ihnen ein gesetzliches Schuldverhältnis[3)], das man zu der "Verbindlichkeit" im Sinne von § 278 zählt.[4)]

Modifiziert ist Essers Ansicht hierzu. Er meint, daß das "freilich nicht für jegliche Sonderbegegnung der besprochenen Art" gelten würde. "Ihre Behandlung nach Vertragsgrundsätzen ist im wesentlichen nur dort geboten, wo sie zu rechtsgeschäftlichen Zwecken herbeigeführt wurde" (SAT, S. 377). Ähnlich meint Weber, daß also überall dort, wo ein Verkehr in einem Gebäude oder auf einem Weg eröffnet werde und die Einrichtung dazu angetan sei, zu einem Vertragsschluß zu führen, eine Pflicht zum Schutz des in den Verkehr Eintretenden einsetzen werde, Staudinger A 803 § 242. Vgl. noch ders., A 421 § 242.

1) Vgl. Linoleumfall, RGZ 78, 239; hierzu Larenz, Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und "sozialer Kontakt" MDR 1954, 515. Larenz versucht hier die Haftung aus "sozialem Kontakt" auf die geschäftliche Sphäre zu beschränken und meint: "Ein einfacher sozialer Kontakt, mag er selbst damit verbunden sein, daß der eine seine Rechtsgüter dem Einfluß und damit der Sorgfalt eines anderen anvertraut, genügt zur Begründung einer über die Deliktshaftung hinausgehenden Verantwortlichkeit für den eigenen Bereich und damit zur Anwendung des § 278 noch nicht. Es muß sich vielmehr um einen Kontakt auf der Ebene des Geschäftsverkehrs handeln, der mindestens die Möglichkeit in sich schließt, zu einem Geschäftsabschluß zu führen." Hierzu auch Reimer Schmidt: "... ein sozialer Kontakt als tatsächliche Situation allein vermag eine vertragsähnliche Verpflichtung nicht zu begründen." Soergel-Schmidt, 4 f vor § 275. Ähnlich noch Wilhelm Weimar, MDR 67, 460 f.

2) Die Entwicklung der Begründung der Lehre von culpa in contrahendo wird hier nicht behandelt. Soergel-Siebert, 4 f vor § 275; Enn-Lehmann, Schuldrecht, S. 191 Anm. 8; Fikentscher, Schuldrecht § 20 III, 1ff; Wilhelm Steinberg, Die Haftung für culpa in contrahendo 1930, A. Grund der Haftung; Heinz Hildebrandt, Erklärungshaftung 1931, § 5 ff; Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse, 1910.

3) Eine vom BGH befolgte und von der Lehre überwiegend akzeptierte Ansicht. Vgl. Soergel-Reimer Schmidt, 3 f vor § 275; Enn-Lehmann, Schuldrecht, S. 192.

4) Vgl. Siber, Schuldrecht, S. 102 f.; Esser, SAT, S. 377; Soergel-Reimer Schmidt, 2, 12 ff vor § 275; Fikentscher, Schuldrecht, S. 66. Gehilfenhaftung ist eines der besonderen Bedürfnisse, die zur Ausbildung der Lehre von culpa in contrahendo geführt haben. Ein anderes ist es, die Vermögenschädigung ersatzfähig zu machen.

Aus diesem gesetzlichen Schuldverhältnis werden eine Anzahl von vertragsähnlichen bzw. vorvertraglichen Pflichten[1] abgeleitet.

B. Die Arten der Interessen als Ausgangspunkt zur Gliederung der vorvertraglichen Pflichten

Die vorvertraglichen Pflichten werden bisher dem sog. "negativen" und dem "positiven" Interesse entsprechend aufgegliedert. Dieser Weg wird in dieser Arbeit als die (traditionelle) "negativ-positive" Gliederungstheorie bezeichnet. Ihre fundamentalen Pflichtenkomplexe sind m.E. der "negative" und der "positive" Pflichtenkomplex. Hingegen werden die vorvertraglichen Pflichten in dieser Arbeit dem "statischen" und dem "dynamischen" Interesse entsprechend[2] aufgegliedert. Dies wird als die "statisch-dynamische" Gliederungstheorie bezeichnet. Ihre fundamentalen Pflichtenkomplexe sind dementsprechend der "statische" Pflichtenkomplex (Schutzpflichtenkomplex) und der "dynamische" Pflichtenkomplex (Redlichkeitspflichtenkomplex). Das Gemeinsame der beiden Gliederungsmerkmale ist, daß die Art der Interessen, denen die Pflichten dienen[3], Ausgangspunkt für die Gliederung der vorvertraglichen Pflichten ist, die eine Basis zur

---

1) S. oben S. 7 Anm. 3.

2) Ähnliche Gliederung bei Larenz, vgl. SAT, S. 94 f, nämlich Schutzpflicht und Vertrauenspflicht.

3) Die Funktion einer Pflicht ist es, einem bestimmten Interesse zu dienen. Vgl. Esser: "Die dem Schutz des Integritätsinteresses dienenden besonderen Schutzpflichten..." (SAT, S. 387).

generellen Feststellung[1] des zu ersetzenden Schadens ist. Ein verfehltes Identifizieren des maßgeblichen Interesses, dessen Eigentümlichkeit dem zu regelnden Sachverhalt wesensmäßig nicht entspricht, zieht die Gefahr einer unsachgerechten generellen Feststellung des im konkreten Fall zu ersetzenden Schadens nach sich[2].

C. Die traditionelle "negativ-positive" Gliederungstheorie

Die Pflichten, die im bisherigen Pflichtenkatalog[3] zu finden sind, orientiert man an der Leistungspflicht oder der sog. Hauptpflicht. Sie sind außerhalb der Hauptpflicht dazu bestimmt, neben dieser zu stehen (Nebenpflichten) und ihr zu helfen (Hilfspflichten), wenn auch "die inhaltliche Nähe der durch § 242 begründeten Nebenpflichten zu den Hauptpflichten der jeweiligen Sonderverbindung verschieden" ist[4]. Dies ist eine zu simple Orientierung an dem Erfüllungsinteresse (dem sog. positiven Interesse). Die Erfüllungspflichten und ihre Hilfspflichten, die dem positiven Interesse dienen, werden hier als "positive Pflichten" bezeichnet. Im Gegensatz zu dem positiven Pflichtenkomplex wird zudem noch ein Satellitenpflichtenkomplex begründet, der die hier als "negative Pflichten" bezeichneten Pflichten enthält, die dem negativen Interesse dienen. Die negativen Pflichten haben sich wegen ihres Satellitenstatus bisher

---

1) Der Ausdruck "generelle Feststellung" ist im Sinne der Entscheidung darüber zu verstehen, ob eines der beiden "dynamischen" Interessen (das Erfüllungsinteresse und das Vertrauensinteresse) und / oder das "statische" Interesse ersetzt werden soll.

2) Vgl. unten § 1 II C, F.

3) Soergel-Siebert-Knopp, 103 ff, § 242; Staudinger-Weber, A 775 ff. § 242. Der Katalog enthält im allgemeinen folgende Pflichten: Sorgfaltspflichten im engeren Sinne (Obhuts-, Aufbewahrungs- und Erhaltungspflichten), Auskunftspflichten, Aufklärungspflichten (Anzeige-, Mitteilungs- und Erklärungspflichten), Mitwirkungspflichten, Fürsorgepflichten und Schutzpflichten im engeren Sinne (nach Webers Katalog, A 775 § 242).

4) Soergel-Siebert-Knopp, 101 § 242.

nicht selbständig voll entwickeln können[1]. Wegen der unglücklichen Überbetonung des positiven Interesses bezieht man fälschlich einen Teil der Schutzpflichten[2] in die positiven Pflichten ein und vernachlässigt die gemeinsame dynamische Eigentümlichkeit eines Teils des "negativen Interesses" und des positiven Interesses und übersieht, daß die Rechtsfolge der Vertragsverhandlung je nach der Entwicklung bzw. dem Ergebnis der Vertragsverhandlung und dem Grad des dabei begangenen Verschuldens beurteilt werden soll. Hieraus ergeben sich folgende Mängel:

1. Künstliche Untergliederung der Pflichten in die Kategorien: Pflichten im sog. engeren und weiteren Sinne[3] und sog. mittelbare und unmittelbare (Schutz-)pflichten[4].
2. Interessen werden in einen gleichen Interessenkomplex (das negative Interesse) eingeordnet, z.B. das Integritätsinteresse[5] und das Vertrauensinteresse im Sinne

---

1) Da der schuldhaft Handelnde auf Grund der Verletzung der negativen Pflichten stets nur auf das negative Interesse haftet, können die Fälle, in denen ihn Vorsatz trifft oder in denen der Vertrag ohne die Fahrlässigkeit zustandegekommen wäre, nicht unmittelbar gemäß der negativen Pflichten gelöst werden. Man zieht hierbei den Umweg etwa über die Fiktion von Willenserklärung (vgl. unten S.91 ff, 117) oder Vertrauenshaftung (vgl. unten S. 118 ff. Canaris, Vertrauenshaftung, §§ 25, 27) vor. In diesem Sinne stellt es sich so dar, daß die negativen Pflichten sich nicht selbständig haben voll entwickeln können.

2) Die Schutzpflichten gehören ohne rechtsgeschäftliche Garantieübernahme nicht zu den positiven Pflichten. Vgl. unten § 1 II D (S. 15 f) und S. 15 Anm. 6; S. 16 Anm. 1.

3) Vgl. Staudinger-Weber, A 775, 791, § 242, Sorgfaltspflichten im engeren und weiteren Sinne.

4) AaO. A 775, § 242.

5) Zur Beschreibung des Umfangs des Schadensersatzanspruchs bei culpa in contrahendo wird folgende Formulierung überwiegend herangezogen: Die Haftung für culpa in contrahendo "geht auf Schadensersatz, regelmäßig aber auf das sog. negative Interesse" (Staudinger-Werner, 99 Vorbem. zu §§ 275 - 292 = S. 329). So auch Enn-Lehmann, Schuldrecht, S. 192; Lehmann-Hübner, AT, S. 238; Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 242 ff (247), 222 ff.; Steinberg, Die Haftung für culpa in contrahendo, S. 116 ff.; Rosenthal-

dieser Arbeit, die kein gemeinsames Wesen, sondern nur einen gemeinsamen Widerspruch gegenüber dem Erfüllungsinteresse haben. Dagegen werden das Vertrauensinteresse und das Erfüllungsinteresse, obwohl sie gemeinsam das dynamische Wesen haben, dennoch nach der negativ-positiven Gliederungstheorie getrennt in negatives und positives Interesse aufgegliedert.

3. Das Fehlen eines geeigneten Maßstabes, um Vertrauensinteresse und Integritätsinteresse zu unterscheiden.

Bohnenberg, Bürgerliches Gesetzbuch, S. 304 f.; Palandt-Heinrichs, § 276 6 c; Soergel-Schmidt, 18 Vorbem. § 275. Hieraus folgt m.E., daß die h. M. das Integritätsinteresse in das negative Interesse einordnet, wenn sie die Fälle des Integritätsinteresses als die von culpa in contrahendo ansieht. Diese Einordnung kommt bei Erman zum Ausdruck:"Denkbar sind allerdings auch Fälle, in denen negatives Interesse über Erfüllungsinteresse hinausgeht oder durch dieses gar nicht berührt wird:... Hier wie auch in dem RG 78, 239 behandelten (sc. Linoleumrollen-) Fall ... ist Schadensersatzanspruch nicht durch Erfüllungsinteresse begrenzt"(BGB Handkommentar 118 § 276). Erman ordnet also den Linoleumrollenfall, der sich auf das Integritätsinteresse bezieht, der Fallgruppe des negativen Interesses zu. So auch Medicus, der meint, daß im Sielleitungsfall (BGH NJW 65, 532 ff.) im Rahmen des negativen Interesses der Schaden läge, den der Kl. durch die infolge des Vertragsschlusses begonnenen und nun als nutzlos erwiesenen Bauarbeiten erlitten habe (Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS 65, 216 rechts); Oertmann, Ein Beitrag zur Frage der Haftung für Verschulden des Bestellers beim Abschlusse des Werkvertrags. Leipziger Zeitschrift, 1914, 519:"Wer seinem Käufer fahrlässig ... einen Mangel der Waren verschweigt, muß ihm die Schäden ersetzen, die dem Käufer dadurch erwachsen sind, z.B. die verdorbene Ware hat andere Vorräte oder die Aufbewahrungsbehältnisse beschädigt. Aber nicht muß er ihn auch für den Verdienst schadlos halten, den der Käufer durch die als mangelfrei gedachte Ware erlangt haben würde. Also nur Haftung auf das negative, nicht auch auf das positive Interesse". Hier erfaßt das negative Interesse also auch das Integritätsinteresse. Ebenfalls Staudinger-Ostler, 2 § 524: "Als ein Hauptbeispiel für die im Abs. 1 begründete Haftung auf das negative Interesse ... wird gewöhnlich angeführt die Schenkung eines, wie dem Schenker bekannt, kranken Tieres, um es loszubekommen, unter Verschweigung des Zustandes und demgemäß mit der Folge, daß andere Tiere des Beschenkten dadurch angesteckt werden"; ferner Staudinger-Ostler, 3 § 523; Staudinger-Riedel, 1 § 600; Staudinger-Nipperdey, 1, 5 § 694.

4. Wegen der Vernachlässigung des dynamischen Merkmals der Vertragsverhandlung bei der Behandlung der Fälle von culpa in contrahendo wird der Begriff der Selbstbestimmung fiktiv[1] ausgeweitet.

5. Die negativ-positive Gliederungstheorie, die das Rechtsgeschäft als den einzigen Grund anerkennt, um den Erklärenden für das positive Interesse einstehen zu lassen, kann kaum der Funktion genügen[2], im Falle der Schadensersatzpflicht den Umfang des zu ersetzenden Schadens so zu bestimmen, daß der dadurch bestimmte Umfang der jeweiligen Entwicklungsstufe der Vertragsverhandlung und dem Verschuldensgrad entspricht. Das heißt, daß das positive Interesse unter Umständen auch ohne ein wirksames Rechtsgeschäft gewährt werden kann. Die Pflichten des alten Pflichtenkataloges[3], die sich an dieser Theorie orientieren, können somit dieser Aufgabe auch nicht gerecht werden. Sie sollten erneut an der unten in § 1 II D vorgeschlagenen statisch-dynamischen Gliederungstheorie orientiert und dementsprechend verstanden werden. Sie sind allein selbst nach der Neuorientierung nicht in der Lage,

---

1) Z.B. die sog. "Willenserklärung kraft Zurechnung", vgl. Larenz, AT 296, 504; Franz Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichteten Rechtsgeschäftes, 1967, S. 162. A.A. Hübner, Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. I, S 373 ff.

2) Von der Lehre des Rechtsgeschäftes ausgehend, versucht in letzter Zeit Bydlinski, diesen Mangel zu beseitigen (aaO., Zweiter Teil, IV. V.).

3) Die Pflichten des inhaltlich aufgezählten alten Pflichtenkataloges sind in diesem Sinne mit den Pflichten identisch, die sich an der negativ-positiven Gliederungstheorie orientieren. (Diese Theorie wird daher auch als die inhaltliche Gliederungstheorie bezeichnet). Beide sind bisher praktisch dieselben. Sie sind aber nachher begrifflich zu trennen, um eine Kombination des alten Pflichtenkataloges mit der neuen statisch-dynamischen Gliederungstheorie bei ihrer Anwendung zu ermöglichen.

die Funktion zu erfüllen, weil sie nur nach dem Maßstab des "Was" (des Inhalts) und nicht des "Wozu" (der Funktion) aufgezählt werden. Dennoch ist es schon nützlich, sie gemäß der neuen Orientierung zu verstehen. Der alte Pflichtenkatalog dient der "Was" - Seite der Pflichten, während die statisch-dynamische Gliederungstheorie ihrer "Wozu" - Seite dient.

D. Die eigene "statisch-dynamische" Gliederungstheorie

Die vorvertraglichen Pflichten werden, wie oben gezeigt, in zwei fundamentale Pflichtenkomplexe aufgegliedert: erstens in die Schutzpflichten (die statischen Pflichten), die der Nichtgefährdung oder der Nichtverletzung der Person und des "vorhandenen" Vermögens des Verhandlungspartners dienen und zweitens in die Redlichkeitspflichten (die dynamischen Pflichten), die den Vertragsverhandlungszweck (das Zustandekommen des Vertrags) oder allgemein eine "ehrliche Verhandlung"[1] sichern.

Jeder der beiden Pflichtenkomplexe hat seine Unterarten, die mehr an dem "Inhalt" als an der "Funktion" orientiert sind. Eine Unterart des einen und eine des anderen kann daher nicht selten wegen des gleichen "Inhalts" mit einem gleichen Ausdruck bezeichnet werden[2].

---

1) Zum Verständnis dieses Ausdrucks s. u. S. 18 f.

2) Z.B. Aufklärungspflichten können zugleich zu den Schutzpflichten und den Redlichkeitspflichten gehören. Ein arglistiges Verschweigen (eine Verletzung der Aufklärungspflicht) kann somit zugleich die Schutzpflichten und die Redlichkeitspflichten verletzen. Vgl. ferner Staudinger-Weber, A 775 § 242.

Das kann man schon aus den Ausdrücken und der zusammenhanglosen Aufzählung[1] der Pflichten, die man im bisherigen Pflichtenkatalog finden kann, schließen.

Nach dieser statisch-dynamischen Aufgliederung der vorvertraglichen Pflichten kann man sagen: "Welcher Schaden zu ersetzen ist, hängt in erster Linie von der Art der Pflichtverletzung und der dadurch bedingten Schädigung ab"[2]. Dies gilt mit nur geringfügigen Meinungsunterschieden für die Verletzungen von Schutzpflichten[3]. Hier ist das Erhaltungsinteresse (Integritätsinteresse) für die Feststellung des zu ersetzenden Schadens maßgebend[4], während man im Falle der Verletzung der Redlichkeitspflicht noch andere Faktoren, nämlich die Entwicklungsstufe der Vertragsverhandlungen und den Verschuldensgrad[4], berücksichtigen muß, um

---

1) Vgl. Soergel-Siebert-Knopp, 103 ff, § 242; mit Recht sagt Weber, daß "Rechtsprechung und Rechtslehre, den praktischen Bedürfnissen entsprechend, eine Reihe von Sicherungspflichten entwickelt hätten, die vielfach zusammenhanglos nebeneinander aufgezählt werden" (Staudinger-Weber, A 775, § 242).

2) Larenz, SAT, S. 94. Diese Aussage ist nur insoweit richtig, als man die vorvertraglichen Pflichten funktionell gliedert. Der traditionellen, inhaltlichen Gliederung fehlt die Grundlage für eine so weitreichende Folgerung. Vgl. ferner § 1 II C 5 und S. 12 Anm. 3.

3) Soweit, aber auch nur insoweit deckt sich die statisch-dynamische Gliederungstheorie im Ergebnis mit der inhaltlichen Gliederungstheorie. Vgl. ferner § 1 C 5 Anm. 3 (= S.12).

4) Der Faktor der Erfüllung oder Vertrauensinvestition trotz Unwirksamkeit des Vertrages wird hier nicht berücksichtigt, weil er außerhalb der Voraussetzungen der culpa in contrahendo steht. Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, § 40 III.

eine Entscheidung über den generellen Umfang des zu ersetzenden Schadens, entweder das Vertrauensinteresse oder das Erfüllungsinteresse dementsprechend gerecht treffen zu können.

Die vorvertraglichen Pflichten werden im Schriftum mit verschiedenen Ausdrücken bezeichnet: Nebenpflichten[1], Verhaltenspflichten[2], Sicherungspflichten[3], Treupflichten (Treupflichten i.e.S. und Rücksichtspflichten)[4]. Unter ihnen möchte ich dem Ausdruck "Treupflicht" den Vorzug geben, um auf den letzten Grund der vorvertraglichen Pflichten, den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242) hinzuweisen[5].

Überdies ist hervorzuheben: Obwohl die Schutzpflichten nicht oder nur selten "der konkrete Vertragsinhalt" (Komplex der Redlichkeitspflichten) sind, kann man nicht sagen, daß sie mit diesem nichts zu tun haben[6]. Z.B. kann sich der Fall des Sachmangels (als Sachverhalt der Aufklärungspflicht, die eine mögliche gemeinsame Unterart der beiden Pflichtenkomplexe ist) zum einen auf den Verhandlungsgegenstand, nämlich die Kaufsache (als Sachverhalt des Komplexes der Redlichkeitspflichten),

---

1) Esser, SAT, § 5 III 2 und IV; Soergel-Siebert-Knopp, 101 ff. § 242.

2) Larenz, SAT, § 9 I 3.

3) Staudinger-Weber, A 770 ff, § 242.

4) Esser, SAT, § 5 III 2, IV, 2. Aufl. § 32, 7.

5) Vgl. Esser, SAT, S. 26 f. Staudinger-Weber A 417, A 779 f. § 242.

6) Die Schutzpflichten können sich z.B. mittelbar über den Sachmangel des Verhandlungsgegenstandes auf den Vertragsinhalt beziehen. Dabei ist jedoch deren Bezogenheit nicht mit dem Vertragsinhalt selbst zu verwechseln. Die Schutzpflichten können aber ggf. durch rechtsgeschäftliche Garantieübernahme zum Vertragsinhalt werden, wenn der Vertrag zustande kommt. A.A. vgl. Soergel-Siebert-Knopp, 152 § 242.

zum anderen auf die (Nicht-)schädigung des Vermögens oder des Körpers des Käufers (als Sachverhalt des Komplexes der Schutzpflichten) beziehen. Wegen dieses gemeinsamen inhaltlichen Bezugspunktes kann die negativ-positive Gliederungstheorie die Grenze zwischen den beiden Pflichtenkomplexen nicht mehr ohne Verwischung ziehen. Diese Verwischung macht die Grenze zwischen dem statischen Interesse und dem dynamischen Interesse[1] unklar. Dies verhindert die Erziehung des Verständnisses der Juristen insbesondere für die dynamische Funktion der Redlichkeitspflichten[2] (dynamische Pflichten). Da aber die "negativ-positive Gliederungstheorie" eine "Widerspiegelung" des Grundsatzes von der Privatautonomie ist, kann man sie nicht ohne entsprechende gleichzeitige Berücksichtigung dieses Grundsatzes ausschalten[3].

E. Terminologische Überlegungen

1. Schutzpflichten (statische Pflichten)

Dank der herkömmlichen, begrifflich strengen Trennung der Schutzpflichten von den Hauptpflichten bzw. von den sonstigen Nebenpflichten und dank des statischen Charakters[4] des Interesses, dem die Schutzpflichten dienen, ist der Begriff der Schutzpflichten hinsichtlich seines In-

---

1) Hieraus ergibt sich der Streit über die Einordnung des Integritätsintersses in § 463. Vgl. unten § 2 III C 3 b.

2) Die dynamische Funktion der Redlichkeitspflichten ist, dem dynamischen Interesse zu dienen, wobei der Umfang des zu ersetzenden Schadens je nach der Entwicklungsstufe der Vertragsverhandlung und dem Verschuldensgrad festgestellt wird, also die Gewährung des positiven Interesses nicht ausgeschlossen ist.

3) Dies wird unten in § 6 bei der Zusammenfassung behandelt.

4) Vgl. unten § 1 II F 3; III.

halts, Umfangs und insbesondere seiner Funktion klarer und bestimmter als der der Redlichkeitspflichten. Daher ist der Ausdruck der Schutzpflicht im Hinblick auf die statisch-dynamische Gliederung im Gegensatz zu dem Begriff der Sorgfaltspflichten[1] noch heranziehbar, obwohl die Aussage, daß nur die Schutzpflicht Schutzfunktion hat, die gemeinsame Schutzfunktion aller Pflichten hinsichtlich sonstiger Pflichten ungerechtfertigt vernachlässigt. Die Betonung des sog. Schutzmomentes der Schutzpflichten kann diesen Mangel nicht verdecken[2]. Der "Schutz" als ein "Warum" der Auferlegung einer Pflicht ist gleich der "Sorgfalt" als ein "Wie" der Erfüllung einer Pflicht unentbehrlich für alle Pflichten. Keins von beiden ist auf vergleichbare Weise bei gewisser Pflicht über- oder unterzubewerten. Um diesen Mangel zu beseitigen, ist es sinnvoll, einen neuen Ausdruck zu finden. Hierfür möchte ich "statische Pflichten"[3] vorschlagen.

---

1) Die Sorgfaltspflichten und Schutzpflichten sind die zwei fundamentalen Arten der (vor-) vertraglichen Pflichten Webers (Staudinger-Weber, A 775, 790 § 242); die Vertrauenspflichten und Schutzpflichten sind die der vorvertraglichen Pflichten Larenz' (SAT, S. 94).

2) Diesen Versuch hat Weber unternommen, Staudinger-Weber, A 790, § 242.

3) "Statische Pflichten" ist eine Verkürzung von "dem statischen Interessezu dienenden Pflichten". Der Begriff geht von der statisch-dynamischen Gliederung der Pflichten aus.

2. Redlichkeitspflichten (dynamische Pflichten)

Im Gegensatz zu den Schutzpflichten ist der Begriff der den Redlichkeitspflichten entsprechenden herkömmlichen Pflichten[1] wegen des dynamischen Charakters des Interesses, dem diese Pflichten dienen, hinsichtlich ihres Inhalts, Umfangs und insbesondere ihrer Funktion unklar.

Es ist hier zu vermeiden, den Ausdruck der "Sorgfaltspflicht"[1] heranzuziehen, um nicht fälschlich das gemeinsame Moment aller Pflichten, nämlich die "Sorgfalt" bei einer bestimmten Pflicht überzubetonen. Es ist hier auch zu vermeiden, den Ausdruck der "Vertrauenspflicht"[2] heranzuziehen, um nicht blindlings aus dieser Pflicht formelhaft auf den "Vertrauensschaden" zu schließen. Hingegen ist der Ausdruck der Redlichkeitspflicht wegen seiner Hindeutung auf die Ehrlichkeit und Zuverlässigkeit bezüglich der Zielanstrebung bei der Vertragsverhandlung besonders geeignet, hier herangezogen zu werden, weil es nötig ist, daß die Verhandelnden[3] einander ehrlich und zuverlässig informieren, verhandeln und ggf. erforderliche Maßnahmen und Vorkehrungen treffen, um die Verhandlungen er-

---

1) Die der oben erwähnten Redlichkeitspflicht entsprechenden Pflichten werden von Weber als "die Sorgfaltspflichten im weiteren Sinne" bezeichnet (Staudinger-Weber, A 775, § 242). Hinsichtlich des Moments der Sorgfalt und des Moments des Schutzes in allen Pflichten vgl. aaO. A 790, § 242.

2) Dieser Ausdruck wird von Larenz gebraucht (SAT, S.94 f).

3) Das Maß der Pflicht der Verhandelnden kann nicht von vornherein nach ihrer Rolle (Antragender oder Annehmender) generell bestimmt werden. Es richtet sich eher nach dem Typus des auszuhandelnden Vertrages (z.B. die auf die Beratungspflicht bezogenen Fälle), wenn man überhaupt einen Hinweis auf dieses Maß geben möchte. Bezüglich der Redlichkeitspflichten näher unten § 1 II G 2.

folgreich oder doch zumindest ehrlich zu Ende bringen zu können. Dennoch kann der Ausdruck der Redlichkeitspflichten wegen der in dem Begriff der "Redlichkeit" liegenden Wertung kaum dem gleichen Einwand wie bei den Sorgfalts- und Schutzpflichten entgehen. Um dies trotzdem zu vermeiden, ist es ratsam, einen wertungsneutralen Ausdruck zu schaffen. Hierfür möchte ich "dynamische Pflichten"[1] vorschlagen, um zugleich auf den "dynamischen Charakter" des Interesses, dem diese Pflichten dienen, hinzuweisen.

F. Der Vorteil der "statisch-dynamischen" Gliederungstheorie und der Ausdrücke "statische" und "dynamische" Pflichten

1. Freiheit von der Belastung der herkömmlichen Termini, z.B. der Verwässerung von Inhalt und Umfang des Begriffs und der fälschlichen, gleichsam mechanisch formelhaften Schlußfolgerung auf einen bestimmten Umfang des Schadensersatzanspruches.

2. Völlige funktionelle Entsprechung des Verhältnisses der statischen und dynamischen "Pflichten" zu dem jeweiligen "Interesse", dem sie dienen.

3. Verdeutlichung der Grenze zwischen dem "statischen Interesse" (Integritätsinteresse) und dem "dynamischen Interesse" (Vertrauensinteresse, Erfüllungsinteresse, Äquivalenzinteresseund Rückabwicklungsinteresse): der Ausgangspunkt des Integritätsinteresses

---

1) "Dynamische Pflichten" ist eine Verkürzung von "den dynamischen Interessen zu dienende Pflichten". Der Begriff geht von der statisch-dynamischen Gliederung der Pflichten aus.

von dem "vorhandenen Vermögen" neigt dazu, eine begriffliche Verwässerung zwischen den Interessenkomplexen herbeizuführen, weil das in das dynamische Interesse fließende Vermögen normalerweise vor dem Zeitpunkt seiner Abtrennung von dem "vorhandenen Vermögen" zum statischen Interesse (vorhandenen Vermögen) einmal gehört hat.

4. Klare Widerspiegelung der Eigentümlichkeit des sich aus dem Vornehmen der Vertragsverhandlung ergebenden "Werdens" der Vermögenslage der Verhandelnden.

5. Die in dieser Arbeit neu eingeführten Begriffe machen aufmerksam auf die "dynamische Eigentümlichkeit" der Vertragsverhandlung und sollen dementsprechend die Zweifel erwecken, ob die h. M. haltbar ist, daß der Umfang des Schadensersatzanspruches bei der culpa in contrahendo grundsätzlich auf das negative Interesse eingeschränkt werden soll. Die Heranziehung des dynamischen Interesses weist gerade darauf hin, daß es bei der Feststellung des zu ersetzenden Schadens, insbesondere hinsichtlich der Frage nach dem "Entweder- oder" zwischen dem Erfüllungsinteresse und dem Vertrauensinteresse, noch auf die konkreten Umstände ankommt.

G. Im Einzelnen

1. Schutzpflichten (statische Pflichten)

a. Schutzpflichten, die dem Integritätsinteresse dienen

Die Schutzpflichten dienen[1] dem Integritätsinteresse[2],

---

1) Vgl. Esser, SAT, S. 382.

2) Das Integritätsinteresse ist m.E. mit dem Schutzinteresse im Sinne der "Lehre von den Leistungsstörungen" Stolls identisch. (vgl. Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936, S. 28, 30) Vgl. noch Esser, SAT, S. 387; hier hat Larenz "Erhaltungsinteresse" benutzt, vgl. Larenz, SAT, S. 94. Das ist im statischen Sinne zu verstehen, vgl. § 1 II F 3, III.

d.h. die Vertragsparteien sollen vor möglichen Schädigungen der Person und des vorhandenen Vermögens geschützt werden, die sich aus Anlaß der Vertragsanbahnung ergeben können[1]. Dieser Ausdruck der "Schutzpflicht" wird von Larenz[2] als zu eng angesehen. Aber im Sinne weiterer Verhaltenspflichten oder Nebenpflichten will Stoll die Schutzpflichten nichtaufgefaßt wissen. Er meint, daß die Nebenpflichten nicht mit den Schutzpflichten identisch seien[3]. Die Schutzpflichten sind nicht nur vom Zustandekommen des sich anbahnenden Vertrages unabhängig[4], sondern können auch nichts mit dessen Inhalt zu tun haben[5]. Ein Teil der Funktion von Fürsorgepflichten[6], Obhutspflichten[7], Aufklärungspflichten[7] und Erhaltungspflichten[7] ist es, den Verhandelnden[8] vor der Schädigung seiner Person oder seines Vermögens zu schützen. Sie sind insoweit als Schutzpflichten anzusehen [9].

---

1) Stoll, aaO. S. 27 f, 30.

2) Vgl. Larenz, SAT, S. 9.

3) Vgl. Stoll, aaO. S. 28. In der Tat erkennt Larenz auch die von Stoll gemeinten Schutzpflichten an (vgl. Larenz, SAT, S. 94).

4) Stoll, aaO. S. 26 f, 29; hierzu auch Esser, SAT, S. 387.

5) A.A. vgl. Stoll, aaO., S. 27, 28; Soergel-Siebert-Knopp, 152 § 242. Ferner vgl. oben S. 15 f, 15 Anm. 6.

6) So auch Staudinger-Weber, A 775 § 242, a.A. Stoll aaO. S. 30.

7) Staudinger-Weber, A 775 § 242.

8) Ggf. auch den geschützen Dritten.

9) Weitere Erörterung über den Begriff der Schutzpflichten vgl. Staudinger-Weber, A 772, 775, 802 § 242.

b. Schutzpflichten in contrahendo und Verkehrssicherungspflichten (allgemeine Schutzpflichten)

Außer durch die Verknüpfung mit der durch "geschäftlichen Kontakt" geschaffenen Sonderverbindlichkeit im Sinne von § 278 unterscheidet sich die "Schutzpflicht in contrahendo" fast nicht von der allgemeinen Schutzpflicht[1], nämlich von der Verkehrssicherungspflicht. Wegen des geringen Unterschiedes zweifelt Nirk[2] daran, ob "Schutzpflicht in contrahendo" überhaupt von Verkehrssicherungspflicht zu trennen ist und als ein selbständiges Haftungsinstitut, als Teil der culpa in contrahendo bestehen kann. Die Bedeutung dieser Anknüpfung ist nicht zu unterschätzen. Sie rechtfertigt die Verpflichtungen einer Partei, die andere mit entsprechenden Vorkehrungen vor Schaden aktiv zu schützen, während ein Rechtsgenosse nach "allgemeiner" Schutzpflicht nur verpflichtet ist, die Beschädigung eines anderen zu vermeiden. Die Heranziehung des § 278 und die Ent-

---

1) Die Abgrenzung zwischen ihnen vgl. Stoll, aaO. S. 28 f. Er meint: "Eine Schutzpflicht besteht nur da, wo ein besonderes Schutzinteresse gegeben ist, d.h. erst durch die Begründung des Vertrauensverhältnisses und erst infolge der durch die Sonderrechtsbeziehung eröffnete Einwirkungsmöglichkeit auf den fremden Rechtskreis werden allgemeine Rechtspflichten zu besonderen vertraglichen Schutzpflichten". Vgl. noch aaO, S. 26 f; so auch Esser, SAT, S.13, 376, 377, 387; auch Canaris, JZ 1965, 475 (476).

2) Nirk, RabelsZ, 18 (1953), 310; dagegen Larenz, culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und "sozialer Kontakt". Er glaubt, daß "die mit dem Linoleumteppichfall einsetzende Entwicklung der Rechtsprechung, die zu einer vertragsähnlichen Haftung des Inhabers von Geschäftsräumen gegenüber den sich darin aufhaltenden Kunden geführt hat, die diese Räume zum Zwecke eines eventuellen Vertragsschlusses betreten haben, nicht rückgängig gemacht werden kann noch soll, da sie in der Tat unserem Rechtsempfinden im allgemeinen entspricht". Vgl. noch oben § 1, II. A. § 2, insbesondere III C 3 b.

schädigung für den Vermögensschaden sind eine bloße Widerspiegelung dieser Anknüpfung. Nicht ohne Grund wird diese besondere "Schutzpflicht" überwiegend anerkannt. Dies führt sogar soweit, daß man schon versucht, diese vorvertragliche Schutzpflicht mit vertraglicher und nachvertraglicher Schutzpflicht zu vereinheitlichen[1]. Aber es ist auch nicht zu bestreiten, daß die "Schutzpflicht in contrahendo" deliktischer Natur ist. Deswegen gibt es hier fast[2] keinen Unterschied zwischen dem Umfang des Schadensersatzanspruches von culpa in contrahendo und dem des Delikts. Hier ist das Integritätsinteresse maßgebend[3], das unter Umständen auch größer als das Erfüllungsinteresse sein kann, und stellt eine "völlige"[4] Ausnahme von dem von der h.L. anerkannten Grundsatz dar, der zumindest dem Anschein nach auf der Beschränkung dieses Umfangs des Schadensersatzanspruches von culpa in contrahendo auf das negative Interesse besteht[5].

---

1) Vgl. Canaris, Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475-482, insbesondere 478-481. Hierzu noch Gerhardt, Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schutzverhältnis (positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo) JuS 1970, 597-603, insbesondere 597-599.

2) Nach geltendem Recht wird Schmerzensgeld nur im Fall der unerlaubten Handlung zugesprochen, während der Vermögensschaden nur im Fall der "besonderen Schutzpflichten" entschädigungsfähig ist. Es ist aber nicht einzusehen, warum Schmerzensgeld nicht auch im Fall der besonderen Schutzpflichten gewährt werden soll und kann. Denn die Interessenabwägung hinsichtlich des Schmerzensgeldes sollte im Fall der unerlaubten Handlung nicht anders sein als im Fall der besonderen Schutzpflichten. Hinsichtlich der Voraussetzungen von beiden besteht hierbei nur noch der Unterschied zwischen § 831 und § 278. Sie haben offenkundig nichts mit den Faktoren zu tun, die die Interessenabwägung bei Schmerzensgeld beeinflußen können.

3) Hierzu vgl. Larenz, SAT, S. 94; Esser, SAT, S. 379.

4) Es handelt sich deshalb um eine "völlige" Ausnahme, weil im Fall der Schutzpflicht die h.L. ausnahmslos auf ihren Grundsatz verzichtet, der den Umfang des Schadenersatzanspruches bei culpa in contrahendo auf das negative Interesse beschränken soll.

5) S. S. 1

2. Redlichkeitspflichten (dynamische Pflichten)

Die Redlichkeitspflichten dienen dem dynamischen Interesse (dem negativen Interesse, Erfüllungsinteresse, Äquivalenzinteresse und Rückabwicklungsinteresse) und dem Vertragsverhandlungszweck[1].

Der Verhandelnde ist verpflichtet, über solche "geschäftserheblichen Tatsachen" aufzuklären, "über die der Partner nach den Gepflogenheiten des redlichen Verkehrs ungefragt Unterrichtung erwarten durfte"[2] (Aufklärungspflicht). Damit sind z.B. folgende Tatsachen gemeint: das Vorhandensein der Vollmacht, die (subjektive oder objektive) Unmöglichkeit zur Leistung, die Formbedürftigkeit, "ungewöhnliche" Eigenschaften und solche Mängel des Verhandlungsgegenstandes, die der Partner "nicht ahnen"[3] kann. Erst recht darf der Verhandelnde den anderen nicht über die erwähnten Tatsachen arglistig täuschen. Auch ist er verpflichtet, den auszuhandelnden Gegenstand aufzubewahren (Aufbewahrungspflicht)[4]. Darüber hinaus hat er namentlich dann Mitwirkungspflichten, "wenn die Schaffung gewisser Erfolgsvoraussetzungen nach dem Vertrag zwar dem (anderen) Teil obliegt, es aber gerade in (seiner) Macht... liegt, sie seinerseits herbeizuführen"[5]. Dies ist besonders bedeutsam für die Fälle der formbedürftigen oder der einer behördlichen Genehmigung bedürftigen Verträge. Ein

---

1) Der Vorgang, einen Vertrag durch Angebot und Annahme abzuschließen, wird in dieser Arbeit als eine vereinfachte Vertragsverhandlung angesehen. Das in dieser Arbeit herausgearbeitete Ergebnis gilt deswegen auch dafür, es sei denn, daß das Gesetz es anders vorgeschrieben hat.

2) Esser, SAT, S. 28; vgl. Staudinger-Weber, A 775, 814, 820, 829, 831 § 242; Soergel-Siebert-Knopp, 123 ff. § 242.

3) Esser, SAT, S. 29.

4) Staudinger-Weber, A 791 § 242.

5) Esser, SAT, S. 28; vgl. Staudinger-Weber, A 418, 857, 861, § 242; Soergel-Siebert-Knopp, 148 ff.,§ 242.

Verhandelnder darf auch nicht bei dem anderen schuldhaft die Erwartung erwecken oder aufrechterhalten, die Verhandlung würde fortgesetzt werden oder der Vertrag werde mit Sicherheit zustandekommen oder sei gültig abgeschlossen[1]. Überdies darf der Verhandlungspartner die Änderung des schon Vereinbarten nicht ohne triftigen Grund verlangen. Auch wenn ein triftiger Grund vorliegt, zieht die Veränderung des bereits Vereinbarten eine Schadensersatzpflicht nach sich.

III. Zur Abgrenzung von Erfüllungsinteresse, Vertrauensinteresse und Integritätsinteresse

Vom Erfüllungsanspruch muß man das Erfüllungsinteresse unterscheiden. Mit dem Anspruch auf das Erfüllungsinteresse kann ein Gläubiger nicht ohne weiteres von dem Schuldner das ursprünglich Geschuldete verlangen, auch wenn ein solcher Erfüllungsanspruch einmal bestanden hat. Mit der Verwirklichung des Erfüllungsinteresses soll der Gläubiger "in diejenige Vermögenslage versetzt werden, in der er sich bei gehöriger Vertragserfüllung befinden würde"[2]. Der Schuldner "muß ihm daher auch den Gewinn ersetzen, den dieser gemacht hätte, wenn er die ihm gebührende Leistung rechtzeitig erhalten hätte, sowie Aufwendungen, die er machen muß, um sein Interesse an der Leistung auf andere Weise zu befriedigen"[3]. Im BGB[4] ist es gleichgültig, ob der Vertragsgegenstand zur eigenen Benutzung des Gläubigers oder zur Benutzung einer anderen Person bestimmt ist. Hier ist die Benutzung die Hauptsache. Die eigene Benutzung ist wie die Überlassung der Benutzung

---

1) Larenz, SAT, S 94 f, vgl. unten § 3 I, § 4 II, hinsichtlich der Informationspflicht über das Bestehen des Verhandlungs- bzw. Vertragsabschlußwillens auch Flume (AT, II, § 34 6 d (S. 629)).

2) Esser, SAT, S. 272. Vgl. Larenz, SAT, S. 312.

3) Larenz, SAT, S. 312.

4) Z.B. §§ 459 ff; 633 ff.

eine Art und Weise, auf die der Gläubiger die Utilität des Vertragsgegenstandes verwirklicht. Durch die Verwirklichung der Utilität befriedigt der Gläubiger seinen Wunsch. Dies ist ein Gewinn des Gläubigers. Nach der Annahme des "economic man" muß der Gläubiger bei der eigenen Benutzung nicht nur den Gewinn, sondern auch den besten Gewinn bekommen, d.h. dieser Gewinn ist höher als irgendeiner, den er bei der Überlassung der Benutzung bekommen könnte. Sonst würde er die Benutzung einem anderen überlassen. Es ist somit unrichtig, unter dem Gewinn nur das kassierte oder das zu kassierende "Geld" zu verstehen. Das Entgehen der Benutzung ist an sich ein Entgehen des Gewinns, das zum Erfüllungsinteresse gehört. Zu Unrecht will Dieter Grimm[1] das Entgehen der eigenen Benutzung im Gegensatz zu ihrer Überlassung anders als nach Ansicht des BGH[2], in das Integritätsinteresse einordnen[3]. Überdies ist es auch nicht richtig, die Einordnung eines Falles in eine Fallgruppe lediglich von dem zufälligen und irrelevanten Faktor abhängig zu machen, daß der Vertragsgegenstand von dem Gläubiger selbst oder einem anderen benutzt wird.

---

1) Dieter Grimm, Zur Abgrenzung der Schadensersatzansprüche aus § 635 BGB und aus positiver Vertragsverletzung, NJW 68, 14 ff (18).

2) BGH NJW 67, 340 (341).

3) Grimm, aaO., S. 18: "Im ersteren Fall besteht der Schaden nicht darin, daß der Kläger das Werk nicht benutzen kann - er beruht nur darauf. Er besteht darin, daß er seinem Vermögen die Kosten für eine Mietwohnung entnehmen muß. Auch im zweiten Fall beruht der Schaden auf der Unbenutzbarkeit der Gebäude, aber er besteht darin, daß sie dem Kläger keine Mieteinnahmen bringen. Gerade dieser Unterschied gebietet es, die beiden Forderungen verschiedenen Anspruchsgrundlagen zu unterstellen, denn der Schaden durch den Mietausfall wirkt sich im sonstigen, vom Werk isolierten Vermögen des Klägers nicht aus, während die Aufwendungen für die Ersatzwohnung sein sonstiges, vom Werk isoliertes Vermögen schmälern". Diese Formulierung stellt eine dem BGB fremde Verschiebung des Tatbestandes der §§ 633, 635 von der Benutzung auf den Benützer dar, da in § 633 I die Tauglichkeit des Werks ohne Unterschied zwischen der eigenen und der fremden Benutzung vorgeschrieben wird.

Zum Entgehen des Gewinns gehört nur das Entgehen der Benutzung und nicht auch der infolge der Benutzung eines mangelhaften Vertragsgegenstandes entstandene Schaden. Man darf nicht das Entgehen der Benutzung mit dem Schaden wegen der Benutzung verwechseln. Bei diesem geht es darum, was für einen Nachteil der Gläubiger haben kann, wenn die Benutzung mißlingt; während es bei jenem darum geht, was für einen Vorteil der Gläubiger haben könnte, wenn ihm die Benutzung[1] gelänge. Für ihre Abgrenzung spielt es keine Rolle, ob der Mangel allein oder mitwirkend bzw. mittelbar oder unmittelbar den Schaden verursacht hat[2].

Es ist lehrreich, diese Ansicht auf den Sielleitungsfall[3] anzuwenden, in dem das Grundstück bei der Überlassung in Erbbaurecht mit Fehlern (das Vorhandensein der Sielleitung) behaftet ist. Diese Fehler haben den Schaden an dem errichteten Gebäude verursacht und das Bauvorhaben behindert. Diese Behinderung führte zu Vermögenseinbußen. Der Schaden an dem errichteten Gebäude ist ein solcher, der infolge der Benutzung eines mangelhaften Vertragsgegenstandes entstanden ist. Somit geht es hierbei weder um den "objektive(n) Sachwert"[4] des Grundstücks noch um das "Gewinninteresse"[5]. Dieser Schaden gehört zu dem Integritätsinteresse[6]. Kein Unterschied ist zu erkennen zwischen diesem Schaden und dem Schaden, der dadurch erwachsen ist,

---

1) Esser, SAT, S. 272. Vgl. Larenz, SAT S. 312.

2) Larenz, aaO. S. 312. So auch Esser, SBT, S. 59 f; Dieter Grimm aaO S. 18.

3) BGH NJW 65, 532 ff.

4) Esser, SAT, S. 272.

5) Esser, SBT, S. 59.

6) A.A. BGH NJW 65, 533: "Die an dem Gebäude entstandenen Schäden sind die unmittelbaren Folgen dieser mangelhaften Erfüllung". Diese unmittelbaren Folgen sind seiner Ansicht nach Schäden wegen Nichterfüllung im Sinne von § 463.

daß "z.B. die verdorbene Ware ... andere Vorräte oder die Aufbewahrungsbehältnisse beschädigt"[1] hat. Der wegen der Behinderung des Bauvorhabens herbeigeführte Schaden ist ein solcher, der entstanden ist infolge des Entgehens der Benutzung des Grundstücks und dann auch infolge des Entgehens der Benutzung des zu errichtenden Gebäudes. Daher gehört er zum entgangenen Gewinn, also zum Erfüllungsinteresse[2].

Zum negativen Interesse gehörendie Vertragskosten neben den Ausgaben, die der eine Teil im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrags macht, um z.B. die erwartete Gegenleistung benutzen zu können. Diese Ausgaben werden dann vergeblich[3], wenn der Vertrag nichtig ist oder angefochten wird. Z. B. A kaufte einen Hund von B und kaufte deshalb Futter für den Hund bei C. Wenn schließlich B den Vertrag, z.B. wegen Irrtums anfßchte, hätte A das Futter vergeblich gekauft[4].

Von der Leistung muß man die Vertragskosten unterscheiden. Im Gegensatz zur Leistung unterstehen die Vertragskosten nicht dem Verhältnis der subjektiven Äquivalenz. Sie sind

---

1) Oertmann, Ein Beitrag zur Frage der Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse, Leipziger Zeitschrift 1914,519.

2) So auch BGH NJW 65, 533: "Unmittelbare Folgen der Mängel des Baugrunds sind auch Vermögenseinbußen, die durch eine Verzögerung der vorgesehenen Bebauung infolge dieses Mangels entstanden sind oder noch entstehen".

3) Abgesehen davon, daß der Geschädigte möglicherweise von einem Dritten etwas Ähnliches wie die erwartete Gegenleistung bekommen kann, und dadurch die Ausgaben sinnvoll bleiben. In diesem Fall taucht jedoch das Problem auf, ob der Geschädigte verpflichtet ist, die durch die Ausgaben erkaufte Sache für das vom Dritten Erworbene zu verwenden.

4) Vgl. Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. S. 284: Unter Vertrauensschaden "fällt alles, was der Gläubiger im Vertrauen auf die Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit (§§ 122, 307) eines Rechtsgeschäfts (auch Verlobnis, vgl. § 1298) in Erwartung einer Erfüllung unnütz aufgewendet (Reklame, Lager- und Verkaufseinrichtungen) oder anderweit zu erwerben unterlassen hat (Ausschlagung anderer Angebote, Kündigung laufender Dienste)".

nicht zum Austausch gegen die Gegenleistung des Vertragsgegeners bestimmt. Sie werden für die Vertragsverhandlungen, Vorbereitung der Erfüllung[1] des von dem Verletzten für gültig gehaltenen Vertrages aufgewendet. Als "alternative Kosten" gehört der Nachteil auch zu den Vertragskosten. Diesen hat der Verletzte dadurch erlitten, "daß er es im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages unterließ, eine andere, günstige Abschlußmöglichkeit, die sich jetzt nicht mehr bietet, wahrzunehmen"[2]. Die durch das Verschulden des Vertragsgegners herbeigeführten, nach dem Zweck unnötigen Kosten sind m.E. hingegen nicht Vertragskosten. Sie gehören zum Integritätsinteresse. Wenn sie durch eigenes Verschulden herbeigeführt werden, muß der Verletzte sie selbst tragen. Als Vertragskosten sind deshalb nur die allgemeinüblichen Kosten anzusehen. Weil die Vertragskosten die Kosten für den Vertrag sind, und weil die oben erwähnten Ausgaben im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages getätigt werden, bereiten die beiden kein Problem, wenn der Vertrag gültig ist. Wenn die Vertragsverhandlung scheitert oder ein abgeschlossener Vertrag nichtig ist oder später angefochten wird, dann hat der Verletzte die Vertragskosten vergeblich aufgewendet. Dadurch taucht das Problem des Vertrauensinteresses auf. Vertrauensinteresse und Erfüllungsinteresse können somit über-

---

1) Z. B. die Kosten, die der Verkäufer aufwenden muß, um den Kaufgegenstand erst bei einem Dritten zu erwerben.

2) Larenz, aaO. S. 312. Man darf sich nicht darüber hinwegtäuschen lassen, daß die Wertdifferenz zwischen dem ausgehandelten Äquivalenzverhältnis und dem des hypothetischen "günstigeren" Vertrages nicht ersatzfähig ist, weil das Wagnis der Verhandlung nicht ungerechtfertigt abgenommen werden soll. So auch Reinicke, Formmangel und Verschulden bei Vertragsschluß, DB 67, 110 f. Ders., Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, 1969, S. 124 f mit weiterem Hinweis auf Rechtsprechung und Literatur.

haupt[1] oder zumindest bei ihrer Durchsetzung[2] nicht nebeneinander bestehen.

Das Integritätsinteresse ist das Interesse, das jemand "an der Unversehrtheit seiner Rechte und Rechtsgüter"[3] bzw. an der Unversehrtheit seiner Person oder seines vorhandenen Vermögens[4] hat. Es unterscheidet sich zwar von dem Vertrauensinteresse und dem Erfüllungsinteresse, man darf aber nicht den Unterschied so weit übertreiben, daß es zwischen ihnen nie ggf. einen Bezug[5] oder eine Überdeckung bzw. Überschneidung geben kann.

Aus dem Integritätsinteresse ist aber ein solches vorhandenes Vermögen auszuschließen, das der Verhandelnde als Vertragskosten aufgewendet bzw. für die Leistung[6] verwendet hat, weil es von dem stillstehenden oder

---

1) Hierzu vgl. Esser, aaO. S. 272: "statt seiner (Erfüllungsinteresse) ist das (in der Regel, aber nicht notwendig niedrigere) negative Interesse oder der Vertrauensschaden zu ersetzen ...".

2) Dieser Grundsatz wird z.B. in §§ 463, 635 des BGB ausdrücklich anerkannt. Die Rechte auf Wandlung, Minderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung können nicht zugleich durchgesetzt werden. Der Berechtigte muß sein Wahlrecht ausüben.

3) Esser, SAT, S. 272.

4) Unter dem vorhandenen Vermögen verstehe ich nicht nur das Vorhandensein des positiven Vermögens, sondern auch das Nichtvorhandensein des negativen Vermögens. Dessen Verletzung liegt z.B. vor, wenn der Käufer des Sachmangels seinem Abnehmer zum Schadensersatz verpflichtet ist.

5) Vgl. oben § 1 II D (= S. 15 f) und S. 15 Anm. 6.

6) Das Vertrauensinteresse besteht in den Vertragskosten. Das Rückabwicklungsinteresse besteht in der eigenen, schon erbrachten Leistung (vgl. unten § 5), wenn der Vertrag angefochten oder irgendwie endgültig unwirksam geworden ist. Das Erfüllungsinteresse besteht in der Gegenleistung (des Geschäftspartners).

statischen[1] Zustand wieder in einen sich entwickelnden oder dynamischen Zustand gelangt ist. Das zukünftige Schicksal des abgesonderten Vermögens hängt von der Entwicklung bzw. dem Ergebnis der Verhandlung und dem dabei begangenen Verschuldensgrad ab.

Zur Feststellung, was unter Erfüllungsinteresse oder Integritätsinteresse verstanden werden soll, helfen solche Schlagworte wie "reine Sachmangelfolge" und "Mangelfolgeschäden"[2], "mittelbare" und "unmittelbare" Schäden"[3] nicht viel[4]. Mit Recht meint Esser, daß weder im Bereich des Erfüllungs- noch des Erhaltungsinteresses Raum für solche Distinktionen sei, und daß hier wie dort jeder adäquate kausale Nachteil auszugleichen sei[4].

Daher ist folgende Dreiteilung der schädlichen Folgen einer mangelhaften Lieferung, die nach der zunehmenden kausalen Entfernung von der Lieferung geordnet ist[5], nicht richtig:

"(1) der Käufer hat eine mangelhafte Sache statt einer mangelfreien und damit weniger, als ihm nach Vertrag zusteht.

---

1) Der Begriff "vorhanden" in "vorhandenem Vermögen" ist unter der Annahme zu verstehen, daß alle die Größe des vorhandenen Vermögens beeinflußfähigen Faktoren von einem bestimmten Zeitpunkt an gleich bleiben. Es ist daher ein statischer Begriff. Von hier aus ist jede unbefugte ungünstige Beeinflußung der Größe des vorhandenen Vermögens eine Verletzung dieses vorhandenen Vermögens. Man darf sich aber nicht darüber hinwegtäuschen lassen, daß die Vermehrung bzw. Verminderung des vorhandenen Vermögens wegen eigentlich schon bestehender Faktoren nicht ausgeschlossen ist.

2) Für den Terminus vgl. Larenz, SBT, S. 53.

3) Für den Terminus vgl. Medicus, JuS 65, 216. Diese zwei Paar Schlagworte überdecken sich im wesentlichen. Vgl. BGH NJW 65, 532 (Sielleitungsfall), ausführliche Erörterung s. Grimm, Zur Abgrenzung der Schadensersatzansprüche aus § 635 BGB und aus positiver Vertragsverletzung, NJW 68, 14 ff. Kritik über dieses Paar Schlagworte vgl. Esser, SAT, S. 271.

4) Vgl. Esser, SBT, S. 59 f.

5) Medicus, JUS 65, 216.

(2) Diese mangelhafte Sache verursacht unmittelbar weitere Schäden im Vermögen des Käufers.

(3) Es entsteht mittelbar weiterer Schaden im Vermögen des Käufers".

Wenn man hier unbedingt von der kausalen Entfernung sprechen will, muß man annehmen (voraussetzen), daß die Ereignisse zeitlich nacheinander auf einer gleichen Kausalkette stehen. Diese Annahme (Voraussetzung) ist aber bezüglich der Zeitfolge wie bezüglich der gleichen Kausalkette widerlegbar. So z.B.: Wenn ein Hähnchengroßhändler schuldhaft einem Hähnchenzwischenhändler kranke Hähnchen geliefert hat, und dadurch dessen sonstige Hähnchen angesteckt werden und schließlich eingegangen sind, hat dieser damit den erhofften Gewinn aus dem Weiterverkauf der gekauften Hähnchen verloren. Entgangener Gewinn wird üblicherweise unter unmittelbare Schäden eingeordnet, eingegangene Hähnchen bedeuten hingegen weiteren Schaden. Darin ist es nicht einzusehen, daß die kausale Nähe bei ersterem Falle zeitlich unbedingt enger als die bei letzterem Falle ist. Die Künstlichkeit dieses Unterschiedes tritt noch klarer hervor bei dem Fall der Lieferung von Chemikalien, "die mit anderen Stoffen verbunden zu werden pflegen"[1]. Hier entstand aufgrund fehlerhafter Beschaffenheit mit Sicherheit schon der sog. mittelbar weitere Schaden, der sich aus den mit ihr zu verbindenden anderen Stoffen ergab, während ein entgangener Gewinn zum einen nicht unbedingt entsteht[2], zum anderen auch zeitlich später als der erste entsteht.

---

1) Vgl. Schmidt, Nachwort zum gemeinsamen Neudruck der Abhandlungen von Jhering, culpa in contrahendo, und von Staub, die positiven Vertragsverletzungen, 1969, S. 161.

2) Z.B. das dadurch zu Erzeugende kann von vornherein nicht verkauft werden oder es ist noch möglich, mangelfreie Stoffe nachzuliefern und rechtzeitig das zu Erzeugende herzustellen.

Eigentlich hat Larenz als "Mangelfolgeschaden" den Schaden des Integritätsinteresses wegen des Sachmangels bezeichnet. Es steht dem Erfüllungsinteresse gegenüber[1]. Aber Larenz' weitere Darstellung darüber verwässert die Unterscheidung zwischen "reinen Mangelschäden" und "Mangelfolgeschäden"[2]. Entgegen der Ansicht Diederichsens[3] gelingt die Unterscheidung einem dann nicht ohne Schwierigkeit, wenn man auf das verletzte Rechtsgut abstellt. Um eine Grenze zwischen ihnen klarer oder genauer zu ziehen, muß man das verletzte Rechtsgut noch eingehender prüfen, zu welcher Interessengruppe, dem statischen oder dynamischen Interesse, es gehört. Rechtsgut steht an sich neutral zu dieser Unterscheidung. Maßgebend ist dessen Zugehörigkeit zu bestimmten Interessengruppen im Einzelfall. Aber wenn dessen Zugehörigkeit schon ermittelt wird, braucht man auch nicht mehr umständlich die Unterscheidung zwischen "reinen Mangelschäden" und "Mangelfolgeschäden" heranzuziehen, um z.B. festzustellen, ob das verletzte Rechtsgut aufgrund von § 463 oder von culpa in contrahendo ersetzt

---

1) Vgl. Larenz, SBT S 52 f.

2) Larenz, aaO, S. 54: Hätte im Fall des feuergefährlichen Heizgeräts der Verkäufer "die ihm bekannte Unbrauchbarkeit des Gerätes arglistig verschwiegen, so müßte er für alle Folgen - Brandschäden, aber auch Gesundheitsschäden infolge der Nichtbenutzbarkeit-, gemäß der 2. Alternative des § 463 aufkommen. Ebenso ist im Fall des in Verderbnis übergangenen Pferdefutters der arglistig handelnde Verkäufer gemäß § 463 verpflichtet, dem Käufer allen Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erlitten hat, daß seine Pferde infolge des Genusses des verdorbenen Futters eingegangen sind. Die Ersatzpflicht nach § 463 Satz 2 findet ihren Grund darin, daß die 'Arglist' des Verkäufers einen besonders schweren Fall einer 'culpa in contrahendo' darstellt. Sie geht in ihrem Umfang weiter als dies normalerweise bei 'culpa in contrahendo" der Fall ist, weil sie auch das Erfüllungsinteresse (im engeren Sinne) einschließt". Hier meint Larenz, daß alle Folgeschäden im Fall von arglistigem Verschweigen gemäß § 463 S. II zum Erfüllungsinteresse gehören. Keine Begründung für diese Meinung Larenzs ist es, daß die Ersatzpflicht nach § 463 S. II auch das Erfüllungsinteresse einschließt. Die Frage, ob alle Folgeschäden überhaupt zum Erfüllungsinteresse gehören sollen, wurde hier immer noch nicht berührt.

3) Vgl. Diederichsen, AcP 165 (1965), 153.

werden soll. Es kann somit fruchtbarer und sachgerechter sein, wenn man seine Mühe, statt auf den Versuch, "reine Mangelschäden" oder "Mangelfolgeschäden" zu unterscheiden, auf die Klärung der Attribute bzw. Merkmale der Interessengruppe und deren Zuordnung konzentriert.

Zusammenfassung: Inhalt und Orientierung

1. Inhalt

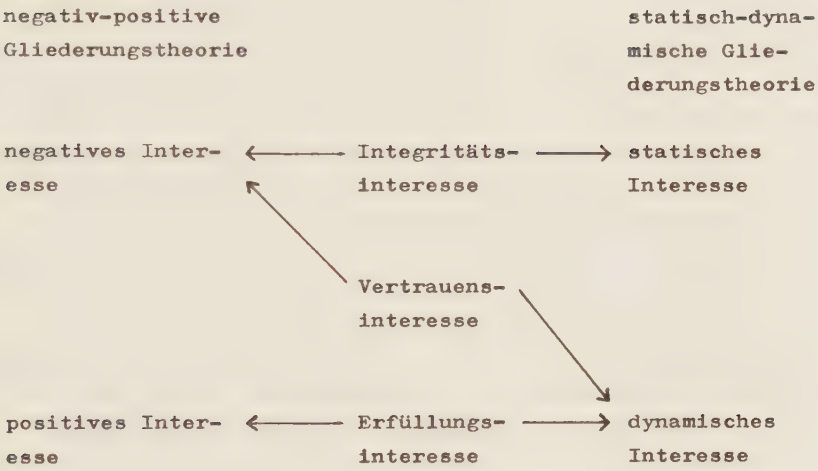
Erfüllungsinteresse	=	Erfüllung bzw. deren Ersatz und entgangener Gewinn
Vertrauensinteresse	=	Vertragskosten und die im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages getätigten Ausgaben[1)]
Integritätsinteresse	=	Schaden an der Person[2)] und Schaden an dem "vorhandenen" Vermögen im "statischen" Sinne

---

1) Vgl. oben S. 28.

2) Zum Integritätsinteresse gehört der Schaden an der Person, zu diesem wiederum das Schmerzensgeld.

2. Orientierung



IV. Induktive Typisierung als Methode

Die Fälle von culpa in contrahendo, mögen Teile von ihnen auch oft künstlich in das Rechtsgeschäft bzw. die Vertrauenshaftung eingeordnet werden, haben sich soweit vermehrt, daß die Behauptung der h. M. hinsichtlich der Einheitlichkeit des Umfangs des zu ersetzenden Schadens, nämlich des negativen Interesses offensichtlich nicht mehr den Tatsachen entsprechen kann. Es ist daher nicht mehr ausreichend, mit einer schlichten Heranziehung der h. M. die Ansicht zu rechtfertigen, daß der Umfang des Schadensersatzanspruchs bei culpa in contrahendo auf das negative Interesse eingeschränkt werden soll. Es ist Zeit festzustellen, wie weit diese Ansicht von der Wirklichkeit entfernt ist. Darum muß jetzt die Deduktion zugunsten der Induktion weichen, um aus der massiven Grundlage der Praxis und der Lehre ein tatsächlich von ihnen unterstütztes Prinzip herauszuarbeiten.

Im folgenden Kapitel sind zuerst die Fälle, die die Merkmale der culpa in contrahendo, nämlich "culpa" und "in contrahendo", besitzen, aufzufinden und nach der Rechtsfolge, die den Fällen von der Praxis bzw. Lehre "überzeugend"[1] verliehen werden, einzuteilen. Danach sind die Entwicklungsstufe der Vertragsverhandlung und der Verschuldensgrad innerhalb jeder eingeteilten Gruppe zu analysieren und zu vergleichen. Wenn hierbei überwiegend gemeinsame Merkmale vorliegen, wird dementsprechend ein Typus gebildet.

---

1) In Bezug auf das Herausarbeiten einer "überzeugenden" Rechtsfolge wird diese Arbeit möglichst keine eigenen Forderungen aufstellen, um dem Verdacht der Manipulation der Beweismittel zu entgehen.

ZWEITES KAPITEL: Induktive Typisierung

Erster Abschnitt: Statisches Interesse

§ 2 Statisches Interesse = Integritätsinteresse

I. Überblick

A. Nichtabstufbarkeit des statischen Interesses

Wie das Vertrauensinteresse und das Erfüllungsinteresse ist das Integritätsinteresse eine qualitativ nicht mehr sinnvoll unterteilbare Einheit, ebenso ist es das statische Interesse, weil es sich mit dem Integritätsinteresse deckt. Das statische Interesse ist somit im Gegensatz zum dynamischen Interesse[1] nicht abstufbar.

B. Falsche Einordnung des statischen Interesses in das negative Interesse

Es ist nicht richtig, insbesondere hinsichtlich des Umfangs der zu erbringenden Leistung, aus dem statischen Interesse und dem Vertrauensinteresse eine der Kategorie des positiven Interesses (= des Erfüllungsinteresses) gegenüberstehende Kategorie des negativen Interesses zu bilden, weil das statische Interesse und das Vertrauensinteresse ihrem Wesen[2] nach nichts Gemeinsames haben[3]. Ihre Gemeinsamkeit

---

1) Vgl. unten S. 59 f.

2) Unter dem Wesen wird die "Statik" und die "Dynamik" eines Interesses verstanden, weil der Widerspruch zwischen Statik und Dynamik der Hauptwiderspruch im werdenden Rechtsverhältnis ist, und das Wesen einer Sache, hier nämlich eines Interesses, von dem "Hauptwiderspruch" bestimmt ist.

3) Ähnliche Hervorhebung des Integritätsinteresses vgl. Siber, Schuldrecht, S. 105: "Die Verletzung vorvertraglicher Pflichten bei Vertragsverhandlung" kann "einen tatsächlichen Schaden verursachen, der weder Erfüllungsinteresse noch Vertrauensschaden ist".

besteht nur im Nebenwiderspruch[1], den beide zum positiven Interesse haben. Das heißt, das "Rechtsgeschäft" ist ihnen im Gegensatz zum positiven Interesse höchstens[2] nur "Sachverhalt"[3] und nicht unmittelbar" Regelung von Rechtsfolgen"[4]. Die Heranziehung des Moments des Vertrauens hilft auch nicht weiter, weil das in dem Ausdruck "Vertrauensinteresse" enthaltene Moment des "Vertrauens" eine allgemeine Forderung ist, die alle Geschäftsbeteiligten erfüllen müssen und die auch nicht nur für den Fall des statischen Interesses und des Vertrauensinteresses gilt, sondern erst recht auch für den Fall des Erfüllungsinteresses wegen eines wirksamen Rechtsgeschäfts[5]. Die

---

1) Dieser Widerspruch wird unten der zwischen "Negativität" und "Positivität" des Interesses genannt.

2) Das zur Verhandlung stehende Rechtsgeschäft kann für das statische Interesse z.B. dann kein Sachverhalt sein, wenn das statische Interesse nur im Verlauf der Verhandlung dieses Rechtsgeschäftes und nicht wegen des Rechtsgeschäftes als solchem geschädigt wird. So z.B. der Linoleumrollenfall vgl. RGZ 78, 239 und unten S.55 Anm. 1.

3) So z.B. der Sielleitungsfall, vgl. BGH NJW 65, 532 ff. und oben S. 27 f.

4) Mit Recht sagt Alexander Lüderitz, Auslegung von Rechtsgeschäften, 1966, S. 25, daß das Rechtsgeschäft sowohl als "Regelung" wie als "Sachverhalt" erfaßt würde, auf den "in Tatbeständen des Gesetzes Bezug genommen" würde. So auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1969, S. 192 ff., 179 ff. Die Frage des Ersatzes des Vertrauensinteresses wird nicht von dem zur Verhandlung stehenden Rechtsgeschäft geregelt. Wenn hierfür speziell ein Rechtsgeschäft vereinbart wird, so ist das Vertrauensinteressejenes Rechtsgeschäftes eben das positive Interesse dieses Rechtsgeschäftes. Jenes Rechtsgeschäft ist für das Vertrauensinteresse nieeine "Regelung", d.h. sie werden nicht jenem Rechtsgeschäft subsumiert. Das statische Interesse kann zwar von dem anzubahnenden Rechtsgeschäft geregelt werden, wenn eine solche Regelung rechtzeitig vor dessen Schädigung vereinbart werden kann, insoweit wird es aber, unbeschadet seiner eigentlichen Zugehörigkeit zum Bereich des statischen Pflichtenkomplexes, zum positiven Interesse. Daher werden die ursprünglichen statischen Pflichten nicht durch diese Schutzübernahme ausgeschlossen. Vgl. oben S.15 Anm. 6 und unten § 2 III 3a.

5) So auch Franz Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlage des verpflichtendenRechtsgeschäftes, S. 162 und Eichler, Die Rechtslehre vom Vertrauen, 1950, S. 103.

Hervorhebung des Moments des "Vertrauens" bei einem bestimmten Fall oder bei einer bestimmten Pflicht ist ebenso wie die des Moments des "Schutzes" oder der "Sorgfalt" eine unzulässige Vernachlässigung dieser Momente bei allen übrigen Fällen oder Pflichten. Es ist eine methodische Willkür[1], daß man aus einem Teil der Pflichten (bzw. Interessen) eine eigene Kategorie der Vertrauenspflichten[2] zugunsten des "Vertrauensinteresses"[3] bildet, indem die Allgemeinheit des Moments des "Vertrauens" vernachlässigt wird. Die Einordnung des statischen Interesses in das negative Interesse wird bis jetzt von der h. M. auch mit der Modifikation befürwortet, daß das negative Interesse in den in § 2 genannten Fällen größer als das Erfüllungsinteresse sein darf[4]. Es ist fraglich, ob es überhaupt noch sinnvoll für die h. M. ist, das statische Interesse weiter in der Kategorie des negativen Interesses beizubehalten, obwohl sie hinnehmen muß, daß hinsichtlich der Rechtsfolge in den Fällen einer der zwei Unterarten dieser Kategorie[5] der Grundsatz[6] ausnahmslos durchbrochen werden muß.

---

1) Der gleiche Fehler wird herkömmlich auch bei der Nennung der Schutzpflichten bzw. des Schutzinteresses begangen.

2) Pflichten und Interessen sind ein in dieser Arbeit sich schattenweise begleitendes Begriffspaar.

3) Der Ausdruck des Vertrauensinteresses wird in dem Schrifttum und der Praxis mit dem des negativen Interesses ohne Unterschied abwechselnd benutzt.

4) Vgl. oben § 1 I (= S. 1 und eben da Anm. 3)

5) Vgl. S.

6) Hier ist der Grundsatz gemeint, daß der Umfang des zu ersetzenden Schadens auf das negative Interesse eingeschränkt werden soll.

Dieses Beibehalten erweckt zwar den Anschein, daß bei (der Entwicklung) der negativ-positiven Gliederungstheorie alle möglichen Fälle der vorvertraglichen Pflichten (culpa in contrahendo) berücksichtigt wurden. In Wirklichkeit handelt es sich aber nur um einen leeren terminologischen Streit. Denn in der Praxis untersteht das statische Interesse nach der oben erwähnten Modifikation überhaupt nicht mehr der negativ-positiven Gliederungstheorie. Dadurch wird der Widerspruch zwischen "Statik" und "Dynamik" des Interesses im "werdenden" Rechtsverhältnis hervorgerufen und faktisch als Hauptwiderspruch anerkannt.

C. Der Widerspruch zwischen "Statik" und "Dynamik" als Hauptwiderspruch im "werdenden" Rechtsverhältnis.

Nach der Anerkennung des Widerspruchs zwischen Statik und Dynamik anstelle des Widerspruchs zwischen "Negativität" und "Positivität" des Interesses als Hauptwiderspruch hat man die Möglichkeit, den dynamischen Charakter des dynamischen Interesses aufzuzeigen und das statische und dynamische Interesse im Rahmen der vorvertraglichen Pflichten getrennt zu behandeln. Um diese Möglichkeit auszunutzen und zu verwirklichen, und um darüber hinaus alle möglichen Fälle der vorvertraglichen Pflichten mit einer Theorie darstellen und lösen zu können, ist es nötig, auf die der obenerwähnten h. M. zugrunde liegende negativ-positive Gliederungstheorie zu verzichten. Als Ergebnis dieser Entwicklung ist die statisch-dynamische Gliederungstheorie entstanden, die die statische und dynamische Seite der Vertragsverhandlung bzw. der sich hieraus ergebenden vorvertraglichen Pflichten zugleich berücksichtigt.

D. Unterteilung in Fallgruppen

Die hierher gehörenden Fälle werden nach der menschlichen Handlung[1] und der Unsicherheit der Vertragsverhandlungssituation (VVS)[2] [3] unterteilt. Ihnen entsprechen z.B. jeweils die oft zitierten zwei Fälle: der Probefahrtfall[4] und der Bananenschalenfall[5]. Eine klare Grenze zwischen beiden Fallgruppen kann man nur insoweit ziehen, als die menschliche Handlung die Sicherheit der VVS nicht beeinträchtigt. Ein Grenzfall dafür ist der Linoleumrollenfall[6]. Er ist m. E. zugleich der Fallgruppe der menschlichen Handlung und Unsicherheit der VVS zuzuordnen, wenn der tatsächlich Handelnde festgestellt ist[7], um die Erwägungen auch

---

1) Vgl. unten § 2 II.

2) Vgl. unten § 2 III.

3) Diese Unterteilung hat zumindest ihre Bedeutung bei der Beweislastverteilung, weil bei der Beurteilung der Umkehrung der Beweislast zugunsten des Verletzten der BGH darauf abstellt, ob "ein objektiver Mangel oder ein Zustand der Verkehrswidrigkeit im Organisations- und Gefahrenbereich" des Schuldners die Verletzung ausgelöst hat (NJW 62, 31). Ferner Esser, SAT, S. 379 f. Hingegen gilt die Sphärentheorie in Bezug auf Beweislastumkehrung im Fall der menschlichen Handlung nicht so einheitlich. Sie gilt prinzipiell nur für den, der "in der Öffentlichkeit eine Tätigkeit ausübt, die eine besondere Sachkunde oder Vorsorge erfordert" (Esser, SBT, S. 414 und S. 418 ff.) und nicht im allgemeinen. So ein Prinzip ist jedenfalls konkretisierungsbedürftig. Die unten in § 2 II behandelte Fallgruppe der menschlichen Handlung ist somit mit der von Esser angeführten dritten Kategorie "gefährliche" Tätigkeit (SBT, S. 414, 418) der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht (wenn sie auch für die besondere Verkehrssicherungspflicht gilt) nicht identisch.

4) OLG Celle VersR 63, 370; BGH NJW 64, 1225; BGH DB 68, 1216 = BB 68, 728. Diese Rechtsprechung behandelt "Ansprüche eines Kraftfahrzeughändlers auf Ersatz von Schäden, die ein Kaufinteressent an einem ihm zu einer Probefahrt überlassenen Kraftfahrzeug verursacht,..." (DG 68, 1216; NJW 64, 1225). Ausführlich vgl. unten § 2 II. (S. 43 Anm. 3).

5) BGH NJW 62, 31. vgl. unten § 2 III C 1 (= S. 49).

6) RGZ 78, 239, vgl. unten S. 55 Anm. 1.

7) Sonst untersteht der Fall eben nur der Fallgruppe der Unsicherheit der VVS. Die hiesige Darstellung dient dazu, die möglicherweise einseitige Betrachtung der menschlichen Handlung zu vermeiden.

anzustellen, ob der rechtlich Handelnde (Verantwortliche)[1] alle Maßnahmen getroffen hat, die zur Vorbeugung des Entstehens oder zur Beseitigung oder zur ausreichenden Minderung der sich aus dieser und ähnlicher menschlichen Handlung ergebenden Unsicherheit der VVS "objektiv erforderlich und nach objektiven Maßstäben zumutbar waren"[2]. Hier ist die erwünschte Rechtsfolge doppelt begründet[3]. Die zweite Fallgruppe ist gewissermaßen eine aus der ersten über die Grenzfallgruppe fortentwickelte[4]. Die Verantwortung für die Unsicherheit der VVS ist eine Verantwortung für die Nichtbeachtung oder Nichtverschaffung von deren Sicherheit, obwohl der Verantwortliche dazu verpflichtet wäre, d.h. daß er eine Gebotsanordnung verletzt hat. Hieraus folgt, daß das eine Haftung wegen des Unterlassens von Sicherheitsvorkehrungen

---

1) Hier ist z.B. der Geschäftsherr gemeint, obwohl der tatsächlich Handelnde auch unter Umständen ein rechtlich Handelnder sein kann, z.B. wenn es sich zugleich um deliktische und nicht bloß um culpa in contrahendo-Haftung handelt.

2) Esser, SBT, S. 421. Dieser Sorgfaltmaßstab wird von ihm für die allgemeine Verkehrssicherungspflicht aufgestellt. Er gilt ebenso auch für die besondere Verkehrssicherungspflichten in contrahendo. Der Verkehrssicherungspflicht, sei sie die allgemeine, sei sie die besondere in contrahendo, liegt "der Gedanke zugrunde, daß, wer eine Gefahrenquelle beherrscht, für Schäden aus dieser einzutreten hat. Er führt hier zwar nicht zu einer Gefährdungs-, wohl aber zu einer Verschuldungsvermutung" (Esser, SBT, S. 435). Ferner vgl. Esser, SBT, § 108 I, II und SAT, S. 379 f. und oben S.41 Anm. 3. Nach der Einschaltung der Sphärentheorie hat die besondere Verkehrssicherungspflicht im Vergleich zu der allgemeinen nur noch den Vorteil bzl. des Schutzes vor bloßen Vermögensschäden. Vgl. Esser, SBT, S. 413, 416, 418. Bzl. des Entlastungsbeweises nähert sich im Ergebnis die Verantwortlichkeit aus § 831 derjenigen aus § 278. So Esser, SBT, S. 422, 426, 430 f.

3) Vgl. unten § 2 III C 2.

4) So meint Esser, SAT, S. 377, daß der BGH die Rechtsprechung des Linoleumrollenfalles fortführe und im Bananenschalenfall dem Verletzten Ersatz seines Schadens zuspreche.

ist, mag man dazu von vornherein imstande sein oder nicht[1]. Daher ist die Fallgruppe der Unsicherheit der VVS die besondere Fallgruppe der menschlichen Handlung, die sich auf die VVS bezieht. Eine durch menschliches Tun entstehende Unsicherheit der Situtation kann man von dem Tun her zur Fallgruppe der menschlichen Handlung, von der Situation her zur Fallgruppe der Unsicherheit der VVS zuordnen. Diese Fallgruppe ist wiederum nur eine besondere der ersten.

II. Menschliche Handlung

Es ist uns selbstverständlich, daß die menschliche Handlung eines Verhandelnden "unmittelbar" die Person oder das Vermögen des anderen beschädigen kann. Geeignete Beispiele sind etwa folgende: Während der Vertragsverhandlung" überschüttet eine Verkäuferin schuldhaft die Kundin mit einem Faß Tinte"[2], oder schuldhaft verursacht ein Kaufinteressent Schäden "an einem ihm zu einer Probefahrt überlassenen Kraftfahrzeug"[3], oder schuldhaft veranlaßt der eine dem anderen nach dem Zweck

---

1) A.A. Esser, SBT, S. 416: "Ist z.B. ein Kaufmann aus finanziellen Gründen nicht in der Lage, für einen gesicherten Zugang zu seinem Ladengeschäft zu sorgen, so muß er die betr. Tätigkeit einstellen". Diese Ansicht ist nur dann haltbar, wenn man aus einer Gebotanordnung auf eine Verbotanordnung schließen darf. Diese Schlußfolgerung ist aber fraglich und unnötig, weil eine uferlose Schlußfolgerung hieraus hervorgehen könnte, und weil hier das vorangehende Handeln "nicht rechtswidrig zu sein" braucht. (Esser, SAT, S. 61)

2) Fikentscher, Schuldrecht, S. 67.

3) BGH NJW 64, 1225; BGH BB 68, 728. Ferner OLG Celle VersR 63, 370. Hier ist ein Leihevertrag zwar unter Umständen im Einzelfall beweisbar, man darf aber nicht ohne weiteres einen Abschluß solch eines Vertrages unterstellen. Die Haftungsgrundlage hierfür ist wie in obigen Rechtsprechungen zu Recht dargestellt: Das mit dem geschäftlichen Kontakt begründete "gesetzliche Schuldverhältnis", dessen Verletzung zur Haftung für culpa in contrahendo gehört.

der Vertragsverhandlung unnötige Kosten[1], oder eine Schiffsreparaturwerftverletzt ihre Untersuchungspflichten dadurch, daß sie nur unzureichend die Beseitigung der rein äußerlichen Schäden vornimmt[2]. Die Haftungsgrundlage für diese Beispielsfälle ist: Das mit dem geschäftlichen Kontakt begründete "gesetzliche Schuldverhältnis", das die Verhandelnden verpflichtet, die Unversehrtheit der Person und des Vermögens des Partners zu schützen. Wenn der Verpflichtete vorsätzlich oder fahrlässig dieser Pflicht nicht nachkommt, handelt er schuldhaft.

---

1) Der statische Charakter dieser Unkosten und seine praktische Bedeutung wird dann klar, wenn der bezweckte Vertrag abgeschlossen wird. Hier müssen, weil der Vertrag schließlich abgeschlossen wird, die Vertragskosten hinter dem Erfüllungsinteresse zurücktreten. Daher, wenn die oben erwähnten Unkosten nicht zum statischen Interesse, sondern zu den Vertragskosten gerechnet würden, könnte der andere diese Einbußen zu Unrecht erleiden. Diese Erwägung kann unter der negativ-positiven Gliederungstheorie nicht angestellt werden, zum einen, weil danach die Vertragskosten und statisches Interesse gemeinsam zum negativen Interesse zugeordnet werden, und zum anderen, weil man deshalb gerade in diesem Fall die unnötigen Unkosten im Gewand des negativen Interesse als Vertragskosten behandelt. Ob eine Ausgabe als unnötig erachtet werden soll, kann man jedoch nur nachträglich (insgesamt) synthetisch bewerten. Eine abstrakte Voraussage ist unmöglich. Daher ist die Grenze zwischen statischem Interesse und Vertragskosten hier schwer zu ziehen. Es lohnt sich aber, diese Schwierigkeit zu überwinden. Der Rechtsgedanke der §§ 95 ff. ZPO kann hierauf einen Hinweis geben.

2) Vgl. BGH BB 56, 58 f.: "Entdeckt die Reparaturwerft -- sei es vor Auftragserteilung oder während der Durchführung der Reparaturarbeiten -- einen die Seetüchtigkeit des Schiffes beeinträchtigenden Mangel oder hätte sie ihn bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt entdecken müssen, so hat sie den Schiffseigner darauf aufmerksam zu machen und ihm Vorschläge zur Beseitigung der Mängel zu unterbreiten ...; andernfalls verletzt sie eine vorvertragliche oder -- bei Feststellungsmöglichkeit während der Reparaturarbeiten -- eine vertragliche Pflicht" (S. 58). Weil die Beseitigung dieser Mängel nicht dem Äquivalenzverhältnis untersteht, ist die später sichtbar gewordene Reparaturbedürftigkeit keine Nachbesserung. (A.A. vgl. aaO. S. 58 f). Die hieraus sich ergebenden Schäden gehören zum statischen Interesse. Wie man hier die Freizeichnungsklausel kontrolliert, bleibt dahingestellt. Dort hat der BGH mit dem Rechtsgedanken der Nach-

III. Unsicherheit der Vertragsverhandlungssituation (VVS)

A. Begriff der VVS

Die Fallgruppe der Unsicherheit der VVS ist der Fallgruppe der menschlichen Handlung gegenüberzustellen, um die Eigenschaften der VVS abzustecken und dementsprechend die erste Fallgruppe zu behandeln. Der Unterschied zwischen beiden Fallgruppen innerhalb der statischen Pflichten ist dem Unterschied zwischen den allgemeinen Verkehrssicherungspflichten und den unerlaubten Handlungen (§ 823) insofern gleich, als die "Tätigkeit", die nichts mit der VVS zu tun hat[1], statt zur Fallgruppe der VVS in die der menschlichen Handlung eingeordnet wird, und insofern, als die Fälle des menschlichen Zustands der ersten Fallgruppe hinzugefügt werden. Die Pflichten, die die erste Fallgruppe beherrschen, sind somit innerhalb der statischen Pflichten als "die besonderen Verkehrssicherungspflichten" zu bezeichnen. Die hierher gehörenden Fälle sind weiter in drei Untergruppen einzuteilen: a) Geschäftsraum, b) menschlicher Zustand und c) Verhandlungsgegenstand[2]. Sie leiten sich aus verschiedenen Prinzipien ab und lassen sich daher nicht einheitlich behandeln[3].

---

besserung und unzulässiger Rechtsausübung dem Kl. (Besteller) aus der Freizeichnungsklausel herausgeholfen.

1) Z.B. die Tätigkeit der Ärzte.

2) Ihr Verhältnis zu Essers Kategorien der allgemeinen Verkehrssicherungspflichten ist folgendes: Fälle des Raumes = Fälle von der Verkehrseröffnungshaftung und einem Teil der Sachhaftung; Fälle des Verhandlungsgegenstands = Fälle von einem Teil der Sachhaftung und einem Teil der gefährlichen Tätigkeit. Vgl. Esser, SBT, § 108 II.

3) Vgl. Esser, SBT, S. 413f.

B. Unsicherheit der Vertragsverhandlungssituation (VVS)

Die Unsicherheit der VVS ist ein Zustand (der VVS), bei dem die Person und das Vermögen des Verhandlungspartners ohne weitere aktive Mitwirkung des Verkehrseröffners geschädigt werden können. Das bloße Herankommen bzw. Mitverursachen des Verhandlungspartners ist hingegen im allgemeinen nötig für die Herbeiführung des Schadens. Ein Grenzfall[1], in dem der Verantwortliche aktiv weiter mitwirkt, ist nicht ausgeschlossen. Weil die Lage der VVS an sich tatsächlich mehr oder weniger unsicher ist, muß der Begriff[2] der Unsicherheit rechtlich kasuistisch konkretisiert werden. Um den Status der Unsicherheit der VVS zu erhalten, muß die Unsicherheit der Situation bei der Vertragsverhandlung schon vorhanden sein. Es ist jedoch nicht nötig, daß diese Unsicherheit schon bei der Vertragsverhandlung den zu ersetzenden Schaden herbeigeführt hat.

C. Mögliche Beispiele

1. Geschäftsraum

a. Begriff des Geschäftsraumes

Ein Raum wird dann als Geschäftsraum bezeichnet, wenn der Geschäftsherr den Raum mit Gegenständen ausgestaltet, so daß ein ordentlicher Geschäftsbetrieb aufgenommen und durchgeführt werden kann und wenn der Geschäftsherr diesen Geschäftsraum für den Verkehr öffnet.

---

1) Hier ist der Fall zwischen menschlicher Handlung und der Unsicherheit der VVS gemeint.

2) Als ein ausfüllungsbedürftiger.

b. Verkehrseröffnung des Geschäftsraumes und Handeln auf eigene Gefahr

In dieser Arbeit ist der Geschäftsraum ein sich gegen den Verhandlungsgegenstand abzeichnender Begriff. Gegen ihn kann der Einwand erhoben werden, daß nach ihm besondere Verkehrssicherungspflichten verschiedener Kategorien[1] in eine Fallgruppe eingeordnet werden. Das ist aber widerlegbar, zum einen, weil das Hervorheben des Verhandlungsgegenstandes hier nötig und sachgemäß[2] ist, zum anderen, weil die Verkehrseröffnungshaftung und die Sachhaftung ihre gleiche Haftungsgrundlage in der präsumierten Gefährlichkeit[3] der "Sache"[4] haben. Ein Unterschied zwischen beiden besteht jedoch darin, daß die Reichweite dieser Gefährlichkeit bis außerhalb der vom Verantwortlichen beherrschten Sphäre vorhanden ist[5], während die jener nur innerhalb dieser Sphäre. In die fremde Sphäre darf man ohne Berechtigung aber nicht treten, sonst handelt man grundsätzlich auf eigene Gefahr. Die Verkehrseröffnung dient gerade zur Berechtigung des Eintretens des Verletzten in die Sphäre des Verantwortlichen, zur Auferlegung der Verkehrssicherungspflichten des Verkehrseröffners und damit zur Abgrenzung zwischen der Verkehrssicherungspflichten und dem Handeln auf eigene Gefahr[6]. Sie dient nicht hingegen dazu, Verkehrseröffnungshaftung und Sachhaftung in verschiedene Kategorien einzu-

---

1) Hier sind die Haftung für Verkehrseröffnung und ein Teil der Haftung für Schäden durch die beherrschte Sache gemeint. Sie sind nach der Ansicht Essers verschiedenen Kategorien zuzuordnen. Vgl. Esser, SBT, S. 413 ff.

2) Vgl. unten § 2 III C 3.

3) Vgl. Esser, SBT, S 417.

4) Im wesentlichen ist die Verkehrseröffnungshaftung auch eine "Sach-"haftung.

5) Vgl. die von Esser angeführten Beispiele, SBT, S. 417.

6) Das bedeutet nicht, daß alle "Grundstücksbesucher", die ohne Verkehrseröffnung des Grundbesitzers das fremde Grundstück betreten, auf eigene Gefahr handeln. Vgl. Hans Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr, 1961, § 4.

ordnen[1]. Der Sinn von Verkehrseröffnungshaftung und Sachhaftung wird auch daher erst dann klar, wenn sie im Licht des Gedankens vom Handeln auf eigene Gefahr betrachtet werden[2]. Jedoch haftet der Verkehrseröffner nicht schon wegen der Verkehrseröffnung, sondern erst wegen des Unterlassens der Sicherungsvorkehrung, die er nach den Verkehrssicherungspflichten[3] treffen muß.

---

1) A.A. Esser, SBT, S. 417: Der dogmatische Ansatzpunkt der Sachhaftung "unterscheidet sich von dem der Handlungspflicht aus Verkehrseröffnung dadurch, daß hier die präsumierte Gefährlichkeit der Sache selbst für die Allgemeinheit Pflichtengrundlage ist und nicht etwa eine durch vorangegangenes Tun geschaffene Sachgefahr". Es ist zwar verständlich, daß mit der Verkehrseröffnung Gefahr geschaffen bzw. erhöht werden kann. Der Schutz eines bestimmten Menschen vor dieser Gefahr wird aber deswegen von der Verkehrssicherungspflicht gedeckt, weil er berechtigt ist, von dieser Verkehrseröffnung Gebrauch zu machen. D.h., diese Berechtigung überbrückt den räumlichen Abstand zwischen der Gefahr und dem Berechtigten. Wenn der Verkehrseröffner danach die Verkehrssicherungspflichten nicht erfüllt, hat er für den sich daraus ergebenden Schaden einzustehen.

2) Esser sagt zuerst, daß die Sachhaftung aus dem Rechtsgedanken des § 836 abgeleitet sei; anders als Hans Stoll (aaO. S. 87) hebt Esser dann nicht hervor, daß die Grundsätze über das Handeln des Verletzten auf eigene Gefahr auch bei Anwendung des § 836 BGB maßgebend seien, sondern daß bei Sachhaftung "die präsumierte Gefährlichkeit der Sache selbst für die A l l g e m e i n h e i t Pflichtengrundlage ist ..." (SBT, S. 417) und führt deswegen nicht zufällig nur solche Fälle als Beispiele an, die sich auf eine solche Gefahr beziehen, die sich bis außerhalb der beherrschten Sphäre des Verantwortlichen (z.B. des Umfangs des Besitzes) erstreckt; wobei außerhalb der beherrschten Sphäre ein Schaden einem anderen zugefügt wird. Nach dieser Darstellung wird die Erwägung des Grundsatzes des Handelns auf eigene Gefahr für die Sachhaftung überflüssig. Weil der Anwendungsbereich des § 836 nicht nur auf die Art der von Esser angeführten Beispielfälle beschränkt wird, ist die Heranziehung der Grundsätze über das Handeln auf eigene Gefahr nützlich. Daher verschwindet auch der Widerspruch zwischen Verkehrseröffnungshaftung und Sachhaftung, taucht der zwischen Verkehrssicherungspflichten und Handeln auf eigene Gefahr auf.

3) A.A. vgl. Esser, SBT, S. 416.

Hierfür ist der Bananenschalenfall[1] ein Musterbeispiel, in dem die Kl. in einem Gang eines Kaufhauses auf einer am Boden liegenden Bananenschale ausgerutscht war. In diesem Fall sprach der BGH der Kl. den "Schadensersatzanspruch gegen den Inhaber des Warenhauses aus culpa in contrahendo unabhängig davon zu, ob es beim Unfall schon zu Kaufverhandlungen gekommen war"[2], weil sie schon von dem Augenblick an, in dem sie das Warenhaus betrat, Anspruch auf (vor-) vertraglichen Schutz ihrer persönlichen Sicherheit hatte[3].

2. Menschlicher Zustand: z.B. ansteckende Krankheit

Der hier gemeinte menschliche Zustand bezieht sich nur auf einen solchen, der an sich schädlich ist und dadurch die Si-

---

1) BGH NJW 62, 31 f.

2) AaO. 31. Gegen die Einordnung dieser Fallgruppe in die culpa in contrahendo sind von Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, in: Festschrift zum 100. D J T, Rabel, Recht des Warenkaufs, unveränderter Neudruck (1964) 1.Bd. S. 158 und Nirk, Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo, RabelsZ 18 (1953) S. 352; sie meinen, daß es sich hierbei um Verletzung allgemeiner Verkehrssicherungspflichten handele. Hingegen meint Dölle zwar, daß es sich hierbei um "konkrete Erhaltungspflichten" handele; seine Ansicht unterscheidet sich aber insofern von der hier vertretenen als er den Begriff bzw. die Voraussetzung der "in contrahendo" durch den bzw. die des "sozialen Kontakts" zu ergänzen oder ersetzen versucht. (Vgl. Dölle, Außergesetzliche Schuldpflichten, ZStaatsw 103 (1943) S. 67 ff.). Das geht zu weit. Mit Recht hat man (z.B. Larenz) den Begriff der "in contrahendo" auf "geschäftlichen Kontakt" zurückgedrängt. Jedoch wird die vorvertragliche Haftung für culpa in contrahendo bei dem "Hin und Her" wesentlich erweitert. So Larenz, MDR 54, 515 ff. (518); ferner oben S. 6 Anm. 1 f, S. 7 Anm. 1.A.A. Siber, Schuldrecht, S. 105 f. Er will den Fall der unterlassenen Erhaltung von Räumen dadurch lösen, daß "die geschäftliche Einladung Antrag zu einem durch den Besuch angenommenen Vertrag eigener Art ((sc. §) 305) sein" wird, der schon den Verkehrseröffner zur Sicherung der offengehaltenen Räumen verpflichtet (aaO. 106): also oft durch eine Fiktion.

3) So BGH NJW 62, 32.

cherheit der VVS zerstört[1]. Das Vorhandensein eines solchen menschlichen Zustandes in der VVS verunsichert, wie eine auf dem Boden liegende Bananenschale, ohne weitere aktive Mitwirkung des Verantwortlichen die VVS. Es ist daher trotz seiner menschlichen Angehörigkeit der VVS (kategorisiert) zugeordnet. Dieser menschliche Zustand ist zwar normalerweise durch menschliche Handlung in die VVS hineingekommen und ein Teil der VVS geworden. Er ist aber von der menschlichen Handlung zu unterscheiden. Beide sind eher jeweils getrennt als selbständiger aber miteinander zusammenhängender Sachverhalt zu betrachten. Wenn sich die beiden als tatbestandsgemäß erweisen, sei es auch aufgrund des gleichen Tatbestandes oder verschiedener Tatbestände, wird die Rechtsfolge eben durch beide doppelt begründet[2]. Wenn die menschliche Handlung die eines Dritten und nicht die des Verantwortlichen oder dessen Geschäftsgehilfen ist, hat diese Handlung an sich für den Verantwortlichen bei der Auferlegung seiner Verantwortung nur nach dem Grundgedanken der VVS und zwar auch nur insofern Bedeutung, als er den Eingriff des Dritten schuldhaft nicht erfolgreich oder gar nicht abgewehrt hat und somit die durch diesen Eingriff entstandene Unsicherheit der VVS nicht rechtzeitig beseitigt hat. Zu den statischen Pflichten in dieser Fallgruppe zählt es, daß "... bei den Vertragshandlungen ... der eine Vertragsteil den anderen in dessen körperlichen Unversehrtheit schützt, z.B. durch seinen Zustand (Krankheit) nicht den anderen Vertragsteil infolge der durch die Beziehung gebotenen körperlichen Nähe in dessen Unversehrtheit (Ge-

---

1) Trunkenheit und Geisteskrankheit können weiter die menschliche Handlung so beeinflussen, daß durch den Zustand der Begriff "Handlung" nicht mehr gegeben ist. Die Haftung bedeutet dann einen eigenartigen Fall der Gefährdungshaftung (vgl. Esser, SBT, S. 394).

2) Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 189 f., Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 38 ff.

sundheit) gefährdet..."[1]. Wer trotz Kenntnis oder des Kennenmüssens eigener ansteckender Krankheit, ein Arbeitsverhältnis eingeht, oder trotz der Kenntnis oder des Kennenmüssens ansteckender Krankheit von anderen, sie einstellt, gefährdet schuldhaft die Sicherheit der VVS. Er hat für den dadurch entstehenden Schaden einzustehen. Im ersten Fall haftet der Geschäftsherr nach § 278 neben seinem Geschäftsgehilfen für dessen Verschulden.

3. Der Verhandlungsgegenstand

a. Begriff des Verhandlungsgegenstandes

Bei der Behandlung der Haftung für die Unsicherheit der VVS muß unterschieden werden zwischen "allgemeinen" Geschäftsgegenständen, die durch Geschäftseröffnung der Allgemeinheit zugänglich gemacht werden und solchen Gegenständen, die zum konkreten Verhandlungsgegenstand gemacht werden. Dabei gehört der Verhandlungsgegenstand zwar faktisch zu den allgemeinen Geschäftsgegenständen, rechtlich ist er aber als eigene Haftungsgrundlage für die Zeitspanne qualifiziert, während der die Parteien über ihn verhandeln[2]. Danach wird

---

1) Staudinger-Weber, A 804 § 242.

2) Es ist selbstverständlich im Einzelfall nach den konkreten Umständen zu bestimmen, ob ein Gegenstand zur Verhandlung gekommen ist. Ein einheitlicher Maßstab dafür ist kaum vorstellbar. Jedoch kann der Geschäftstypus darauf Hinweise geben. So sind z.B. die im Selbstbedienungsladen auf zum Regal liegenden Sachen dann für den Kunden zu den Verhandlungsgegenständen geworden, wenn er so nah an sie herantritt, daß er sie geschäftsverkehrsgemäß ansehen kann. Dieses Problem bereitet für das Geschäft bei Selbstbedienungsläden daher fast kaum Schwierigkeiten, weil ein Kunde eben einseitig die ausliegenden Sachen zu den Verhandlungsgegenständen machen kann.

er wieder zum allgemeinen Geschäftsgegenstand. Das zum Verhandlungsgegenstand Werden hat die gleiche Funktion wie "Verkehrseröffnung"; d.h., daß der Verhandelnde, der die tatsächliche Sachherrschaft am Verhandlungsgegenstand innehat, dadurch den anderen berechtigt, an diesen Gegenstand heranzutreten, um ihn anzusehen bzw. auszuprobieren. Daher kann dieser sich hier auf die Einhaltung der Verkehrssicherungspflichten verlassen und muß nicht auf eigene Gefahr handeln[1].

b. Das praktische Bedürfnis nach statischen Pflichten

Das Ansehen und Ausprobieren vor[2] oder bei der Vertragsverhandlung über den Verhandlungsgegenstand ist im heutigen Rechtsverkehr üblich und ggf. auch nötig. Dazu steht etwa ein Kauflustiger dem (möglichen) Gegenstand so nahe, daß es zu diesem Zeitpunkt und nicht erst nach dessen Übergabe schon die Möglichkeit der Schadenszufügung an[3] oder durch den Gegenstand gibt. Diese Möglichkeit macht die Anerkennung der statischen Pflichten im Rahmen des geschäftlichen Kontaktes[4] in bezug auf den Verhandlungsgegenstand nötig[5]

---

1) Vgl. oben § 2 III C 1 b.

2) Ein "sozialer" bzw. "geschäftlicher" Kontakt kann viel früher als die Vertragsverhandlung stattfinden. Vgl. oben § 1 II A.

3) Vgl. oben § 2 II.

4) So, wie schon Stoll, (aaO. S. 26 ff.) jetzt u.a. auch Esser (SAT, S. 387) und Canaris, Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen, JZ 65, 475 (476).

5) Das Bedürfnis ist hier nicht im naiven tatsächlichen individuellen, sondern im vernünftigen wertenden sozialen Sinne zu verstehen (vgl. Stammler, Rechtsphilosophie, § 55 Nr. 5). Die Feststellung der Bedürfnisse nach der Anerkennung der statischen Pflichten ist daher zugleich ein Vorgang der Wertung bzw. Rechtfertigung. Das Bedürfnis rechtfertigt das Bedurfte (insbesondere die Rechtsfortbildung). ("Erwartungslegitimierung" Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970,

und rechtfertigt[1] sie. Die Ursache der zweiten Fallgruppe kann sich auf den Sachmangel des Verhandlungsgegenstands beziehen[2], muß es aber nicht.

c. Konkurrenzfrage zwischen Leistungs- und statischen Pflichten

Leistungs- und "Schutzpflicht" dienen jeweils verschiedenen Zielen, nämlich dem Erfüllungsinteresse bzw. dem statischen Interesse. Selbst dann, wenn das statische Interesse kraft rechtsgeschäftlicher Garantieübernahme zugleich zum Teil des Erfüllungsinteresses wird, sind sie nur auf denselben Gegenstand bezogen und nicht von der funktionellen

---

S. 174 ff. (177)). So hinsichtlich des Erfordernisses und des Beweises des Gewohnheitsrechts vgl. Enn-Nipperdey, AT, S. 270: "Man wird immer, wenn ein Bedürfnis den Rechtssatz fordert, dieses als Grund der Übung ansehen und Gewohnheitsrecht annehmen" und S. 270 Anm. 4: "In Zweifelsfällen sei das v e r n ü n f t i g e Bedürfnis der wahre Grund der Übung". Überdies genügen statt der Rechtsidee dem Gericht bzw. den Juristen zuweilen die Bedürfnisse des Lebens, um die Richtigkeit einer juristischen Entscheidung bzw. Lösung zu begründen. (Vgl. Stammler Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1928, S. 216). Ferner vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 358, 372, 385 ff.; Esser, SAT, S. 387: "maßgebend ist insoweit letztlich die effektive Sonderbeziehung der Parteien zueinander, die geschäftsspezifischen Möglichkeiten wechselseitiger Schadenszufügung mit sich bringt und gerade insoweit nach Schutznormen verlangt"; Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse, III (S. 10 ff.).

1) Ihre letzliche Rechtfertigung liege - so Ballerstedt - in der "Gewährung in Anspruch genommenen Vertrauens". Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151, 501 (507). So auch Canaris aaO., S. 476; Soergel-Reimer Schmidt, 5 vor § 275.

2) Vgl. unten § 2 III C 3 e.

Struktur der Pflichten her auf dasselbe Ziel gerichtet. Die rechtsgeschäftliche Garantieübernahme kann vom Ergebnis her somit dahin verstanden werden, daß "es insoweit keines Rückgriffes auf die allgemeinen Anspruchsgrundlagen der culpa in contrahendo oder der positiven Vertragsverletzung"[1] bedarf. Man darf es aber nicht soweit treiben, daß diese allgemeinen Anspruchsgrundlagen durch die rechtsgeschäftliche Garantieübernahme ausgeschlossen werden[2]. Kurz gesagt, darf man darunter nur eine zusätzliche "Absicherung" verstehen. Man kann nicht etwa aus der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft der Kaufsache den Umkehrschluß einer generellen Haftungsfreizeichnung bzl. der sonstigen Eigenschaften im Sinne der §§ 459 ff. ziehen. M. E. ist deshalb die Ausführung Schmidts nicht richtig: "Für das Kaufrecht bedeutet dies, daß Schadensersatz wegen Verletzung eines derartigen, in das Synallagma einbezogenen 'Schutzleistungsinteresses' nur in den Grenzen der §§ 463, 480 Abs. II BGB verlangt werden kann. So dürfte bei Lieferung von Chemikalien, die mit anderen Stoffen verbunden zu werden pflegen, ein an diesen aufgrund fehlerhafter Beschaffenheit der Chemikalien entstandener Schaden nur dann liquidierbar sein, wenn sich der Käufer entsprechende (in der Regel besonders honorierte) Zusagen hatte geben lassen oder er von seinem Partner arglistig getäuscht wurde"[3]. Den Käufer berechtigt ein solcher Schaden trotz § 463 nach dem Grundsatz der culpa in contrahendo bzw. positiver Vertragsverletzung Schadenersatz zu verlangen.

---

1) Esser, SBT, S. 60. Ferner vgl. Diederichsen, "Schadensersatz wegen Nichterfüllung" und Ersatz von Mangelfolgeschäden, AcP 165 (1965), 150 (159 ff.); Larenz, SBT, S. 53 f.

2) Vgl. Esser, SBT, S. 60.

3) Eike Schmidt, Nachwort zum gemeinsamen Neudruck der Abhandlungen von Ihering, culpa in contrahendo, und von Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, 1969, S. 160f.

d. Die nicht auf Sachmängel bezogenen Fälle

Eine Sache, die mangelfrei ist, kann dann jemandem Schaden zufügen, wenn sie nicht sorgfältig behandelt wird[1], oder dann, wenn sie selbst kompliziert oder gefährlich[2] ist und wenn sie ohne entsprechende Gebrauchsanweisung oder ohne Warnung vor den möglichen Gefahren vorgezeigt wird oder ausprobiert werden darf. Jedoch ist es

---

1) So z.B. im Linoleumrollenfall (RGZ 78, 239), in dem die Kl. und deren Kind bei Vorlegen und Besichtigen des zu kaufenden Gegenstandes (Linoleum) in einem Kaufhaus durch zwei umgefallene Linoleumrollen verletzt wurden, die nicht sorgfältig beiseits gestellt worden waren. Die Verpflichtung der Bekl. zum Schadenersatz leitete das RG daraus her, daß der Antrag auf Vorlegung des Teppichs und Annahme des Antrags die Hervorbringung eines Kaufs bezweckt und damit ein den Kauf vorbereitendes, vertragsähnliches Rechtsverhältnis erzeugt hätten, wodurch dem Verkäufer sowie dem Kauflustigen die Pflicht erwachsen sei, beim Vorlegen und beim Besichtigen der Ware die gebotene Sorgfalt für die Gesundheit und das Eigentum des anderen Teils zu beobachten (Wolfgang Fikentscher, ESJ Schuldrecht I, S. 35 f). Vgl. ferner Esser, SAT, S. 376 f., Fikentscher, Schuldrecht, S. 67.

2) So hinsichtlich der komplizierten Sachen z.B. im Betonbereitungsanlagefall (BGH NJW 67, 1805), in dem der Verkäufer, ein Spezialhändler, "es übernommen hat, den Käufer über die Funktion und erforderliche Wartung der verkauften Maschine (einer Betonbereitungsanlage) zu unterrichten, und hierfür unzureichende Bedienungsanleitungen des Herstellers verwendet hat". Der BGH sagt zutreffend, "ob und inwieweit der Verkäufer einer Maschine, der sie vom Hersteller bezieht, beim Weiterverkauf den Käufer über die Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes, seine Verwendungsmöglichkeiten und die hierfür erforderliche Wartung aufzuklären hat, hängt wesentlich von den Umständen des Einzelfalles ab". Dieser Fall hat nichts mit dem Sachmangel zu tun. Dies schließt die Anwendung des § 477 Abs. I aus, (vgl. aaO. 1807) und hat ggf. auch Bedeutung für das Versagen der Anwendung der in allgemeinen Geschäftsbedingungen vorliegenden Freizeichnungsklausel (vgl. aaO. 1806 f.). Ferner vgl. BGH NJW 65, 148; Leonhard, aaO. S. 64. Er meint, daß "der Fachmann den Laien beraten" müsse. Hinsichtlich der "gefährlichen Sachen" haftet derjenige, der sie "in den Verkehr bringt", für ihre "Verkehrstauglichkeit", und ist verpflichtet, "dafür zu sorgen, daß die Abnehmer über die möglichen Gefahrenquellen aufgeklärt und über die gefahrlose Benutzung des Produkts hinreichend belehrt werden".

nicht richtig zu sagen, daß Leistungs- und Schutzpflicht in dem letzten Fall auf dasselbe Ziel gerichtet seien[1].

e. Die auf Sachmängel bezogenen Fälle

aa) Schließt § 463 im Fall des statischen Interesses culpa in contrahendo aus?

Es ist möglich und auch oft nötig, daß die Kaufsache vor dem Zustandekommen des Vertrages von dem möglichen Käufer oder dessen Geschäftsgehilfen angesehen oder ausprobiert wird. Wenn die Kaufsache wegen eines Sachmangels schadhaft ist, kann deren Person oder Vermögen dabei geschädigt werden[2]. Man sollte deshalb überlegen, ob culpa in contrahendo auch in solchen Fällen in Anspruch genommen werden sollte[3]. Die Ansichten darüber sind verschieden. Die Ablehnung des Grundsatzes der culpa in contrahendo ergibt sich im Kaufrecht aus § 463. Wenn man § 463 auch hinsichtlich der Fälle von Verletzungen des statischen Interesses als lex specialis im Verhältnis zur culpa in contrahendo ansieht,

---

(Esser, SBT, S. 418 f. Ferner vgl. Larenz, SBT, S. 62). Immerhin müssen die Möglichkeit und Zumutbarkeit solcher Pflichten, bei deren Auferlegung auf die Verpflichteten einkalkuliert werden, insbesondere wenn diese keine Produzenten und ähnliche sind. Hinsichtlich der Fälle, die sich auf die Haftung des Warenherstellers beziehen, vgl. UWE Diederichsen, Die Haftung des Warenherstellers, 1967, S. 64 ff.

1) So - zu Unrecht - Canaris, JZ 65, 477 rechts. Vgl. oben § 2 III C 3 c.

2) Z. B. Explosion einer Flasche Mineralwassers während des Ansehens; Schädigung der Gesundheit beim Probetrinken der Getränke im Kaufhaus durch Glassplitter, die sich in den Getränken befinden; Unfall bei einer Probefahrt wegen eines Sachmangels an dem Lenkrad, den Bremsen oder den Reifen usw. Vgl. Esser, SAT, S. 30.

3) Mit Recht sagt Esser, "der Vertragsschluß als Augenblick der 'Perfizierung' eines Vertrages kann allein keine so tiefgreifende Zäsur bedeuten, daß vorher im Rahmen des auf ihn hinzielenden engeren Kontakts der Parteien bei Vertragsverhandlungen (bei Aussuchen der Kaufsache, bei der Probefahrt mit dem zu kaufenden Kraftfahrzeug) eine geringere Sorgfaltsverantwortung bestände als nach Abschluß des Geschäfts" (SAT, S. 30).

wird man zur Ansicht neigen, daß culpa in contrahendo hier durch den § 463 ausgeschlossen wird[1]. Diese Ansicht ist mit folgenden Argumenten zu widerlegen:

aaa) § 463 betrifft "nach Wortlaut und Sinn zunächst einmal nur das Erfüllungsinteresse" und tangiert "die allgemeine Schadenshaftung" wie culpa in contrahendo "in Ansehung des Integritätsinteresses gar nicht"[2].

bbb) Mit Recht meint Larenz[3], daß das ein unerträglicher Wertungswiderspruch wäre, der Verkäufer hafte nur dann, "wenn er es unterließ, den Käufer auf Gefahren hinzuweisen, die mit dem Gebrauch der fehlerlosen Sache verbunden sind, sofern diese Aufklärung von ihm nach den Umständen zu erwarten war", und nicht auch dann, "wenn sich die Gefahr erst aus einem Fehler der Sache ergibt, den der Verkäufer bei der nötigen Sorgfalt hätte erkennen können und müssen". Die Einbeziehung des statischen Interesses in den Anwendungsbereich von § 463 steht gegen den heute überwiegend anerkannten und in der culpa in contrahendo und der positiven Vertragsverletzung konkretisierten Gedanken: Je enger die Beziehung der Parteien zueinander ist, desto stärker ist die eine verpflichtet, die andere vor Verletzungen der Person und des Vermögens zu schützen.

ccc) Nach der Entstehungsgeschichte[4] der culpa in contrahendo ist zu betonen: Vor der Entstehung des Instituts der culpa in contrahendo bestand das sog. "spezielle" Verhältnis von § 463 zu culpa in contrahendo darin, daß § 463 vor keiner allgemeinen Regelung über "Verschul-

---

1) So Medicus, JuS 65, 209 ff (216 f); zur ausführlichen Begründung dafür s. ders. Vertragliche und deliktische Ersatzansprüche für Schäden aus Sachmängeln in Tübinger Festschrift für Eduard Kern, 1968, S. 313 (317 ff., 324 ff.).

2) Esser, SBT, S. 58 f.

3) Larenz, SBT, S. 62.

4) Die Berücksichtigung deren Entstehungsgeschichte ist hier nicht in dem Sinne der subjektiven Auslegungstheorie vorzunehmen.

den beim Vertragsabschluß" stand. D.h.: § 463 war damals lex specialis im Verhältnis zu der noch nicht vorhandenen allgemeinen Regelung der culpa in contrahendo.

§ 463 wurde als eine Ausnahmeregelung in Abweichung zu der Nichtanerkennung des Instituts von culpa in contrahendo geschaffen. Es ist daher selbstverständlich, daß die Voraussetzung des § 463 hinsichtlich des Verschuldensgrades wegen seines Ausnahmestatus enger formuliert ist. Der Hintergrund von § 463 ändert sich mit der Entstehung von culpa in contrahendo. Danach steht § 463 vor einer als Gewohnheitsrecht anerkannten allgemeinen Regelung der culpa in contrahendo. Es wird behauptet, daß § 463 culpa in contrahendo ausschließe; dem kann man widersprechen mit dem Hinweis, daß der Ausbau der Haftung für culpa in contrahendo nach Inkrafttreten des BGB erfolgte[1]. Wenn man diese Änderung des Hintergrunds von § 463 vernachlässigen würde, würde man einen Fehler von der Art des oben (bbb) erwähnten unerträglichen Wertungswiderspruchs begehen.

---

1) Mit Recht meint Larenz, daß der Ausschließung des Anspruchs der culpa in contrahendo durch § 463 S. 2 (hinsichtlich des Mangelfolgeschadens) "jedoch der nach Inkrafttreten des BGB erfolgte Ausbau der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß" entgegenstehe. (SBT, S. 62).

Zweiter Abschnitt: Dynamisches Interesse

I. Abstufbarkeit des dynamischen Interesses

Im Gegensatz zum statischen Interesse ist das dynamische eine qualitativ noch sinnvoll in das Vertrauensinteresse und in das Erfüllungsinteresse (bzw. den Erfüllungsanspruch) unterteilbare Einheit. Das Erfüllungsinteresse, das der Verhandelnde mit dem Vertrauensinteresse bezweckt, ist selbstverständlich qualitativ höher als diese anzusehen, wenn auch nicht immer quantitativ. Das dynamische Interesse ist daher abstufbar.

Diese Abstufbarkeit des dynamischen Interesses wird anhand der neuen Orientierung der vorvertraglichen Pflichten an der statisch-dynamischen Gliederungstheorie begreifbar. Diese Theorie gewährt zuerst die Möglichkeit, den "Fremdkörper", das statische Interesse [1], aus dem "negativen Interesse" auszuschließen und dieses auf das "echte" Vertrauensinteresse zu reduzieren, und stellt dann die richtige Beziehung zwischen dem Vertrauensinteresse und dem Erfüllungsinteresse dar. Diese können zwar gleichzeitig nicht durchgesetzt werden; sie sind aber beide Elemente des dynamischen Interesses. Das Verständnis desselben hebt die Theorie und die Praxis der vorvertraglichen Pflichten auf eine neue Ebene, oder genauer gesagt, ermutigt die Juristen, die bisherige Entwicklung dieser Theorie und dieser Praxis anzunehmen, und sich theoretisch und praktisch dementsprechend darauf einzustellen: den Grundsatz der "Totalreparation" und

---

1) Durch die Einführung dieses Fremdkörpers wird der Begriff des negativen Interesses verwässert und somit funktionell im Sinne der statisch-dynamischen Gliederungstheorie unbrauchbar. Dies macht das Problem der Angemessenheit der Größe des negativen Interesses hinsichtlich der Vertragskosten (vgl. oben § 1 III (S. 29) und zugleich das weitere Problem unerklärlich, daß das Erfüllungsinteresse keine Obergrenze des negativen Interesses hinsichtlich des statischen Interesses bildet (vgl. oben § 1 III und § 2 I B).

den der Selbstbestimmung unter der Berücksichtigung des Verschuldensgrades und der Entwicklungsstufe der Vertragsverhandlungen zu revidieren[1].

II. Unterteilung der Fallgruppe

Die hierher gehörenden Fälle werden zuerst je nach dem von der Lehre bzw. der Praxis anerkannten Umfang des zu ersetzenden Schadens jeweils in die Gruppe des Vertrauensinteresses (§ 3) und in die des Erfüllungsinteresses (§ 4) eingeteilt, und dann innerhalb der eingeteilten Gruppe wieder den Kategorien der Haftungsgründe des BGB entsprechend unterteilt, um eine systematische Vergleichung inner- und außerhalb der Gruppen nicht globalerweise durchzuführen. Zur Ergänzung des dynamischen Interesses wird das Rückabwicklungsinteresse im § 5 hinzugefügt.

§ 3 Vertrauensinteresse

I. Scheitern der Vertragsverhandlung

A. Nichteintritt in die Vertragsverhandlung

Die Vertragskosten entstehen nicht erst nach dem Eintritt in die Vertragsverhandlung: etwa um zum Verhandlungsort zu fahren, entstehen schon Unkosten. Diese Unkosten werden z.B. deshalb vergeblich ausgegeben, weil in die Vertragsverhandlung wegen Nichteinhaltung der Verabredung bzw. wegen irreführender Reklame nicht eingetreten wurde. Es ist nicht richtig, dies als eine gesellschaftliche Beziehung anzusehen und dem rechtsfreien Raum zuzuweisen. Denn sie sind offensichtlich Folgen einer geschäftlichen Tätigkeit.

---

1) Vgl. oben § 1 I.

1. Wegen Nichteinhaltung der Verabredung

Es handelt sich hierbei um die Informationspflichten, dem anderen die Änderungen eigenen Vorhabens redlich und rechtzeitig mitzuteilen[1], die die Vertragsverhandlung sinnlos machen[2]. Der Grundsatz, daß der Verhandelnde nicht verpflichtet ist, den zu verhandelnden Vertrag abzuschließen, widerlegt diese Informationspflichten nicht ohne weiteres, weil die Entschließungsfreiheit nur auf dem Gebiet des noch nicht Vereinbarten bzw. des Nichtverabredeten bestehen sollte, und nicht auch auf dem des schon Vereinbarten bzw. des Verabredeten[3], und weil eine Pflicht anzuerkennen ist, Rücksicht auf das Interesse des anderen zu nehmen, daß dieser die Unkosten nicht notwendigerweise vergeblich ausgibt.

2. Wegen irreführender Reklame

Dieses Problem wird leider im allgemeinen vernachlässigt, weil die durch Reklame aufgestellte Angabe in der Regel nur als Aufforderung zu Angeboten angesehen wird[4], also weil die Angabe in der Reklame unverbindlich ist. Die Gründe hierfür hat Larenz wie andere nicht einleuchtend angegeben. Er sagt: "... einmal weil bei unvertretbaren Sachen immer noch die Auswahl des einzelnen Stücks, bei vertretbaren die Menge oder Stückzahl offen bleiben, zum anderen, weil der Absender der Inserent in aller Regel die Entscheidung über das Zustandekommen eines Vertrages nicht dem Empfänger der Preisliste

---

1) So Larenz, SAT, S. 94 f.

2) Z. B. Ein potentieller Verkäufer hat vor dem Termin der Verhandlung sein Vorhaben geändert, und will die Kaufsache nicht mehr verkaufen.

3) Zur ausführlichen Erörterung vgl. unten § 3 I B und § 4 II A.

4) Vgl. Larenz, AT, S. 433 f.; Enn-Nipperdey, § 161 I 2 a; Flume, AT, II S. 636 f.; Soergel-Heinrich Lange, 6 § 145.

oder dem Leser der Anzeige überlassen, sondern sich selbst noch vorbehalten will"[1]. Wenn die Kaufsache und deren Preis nach der Reklame bestimmt oder bestimmbar wären, wäre es unverständlich, warum die Angabe in der Reklame bei unvertretbaren Sachen wegen des Offenbleibens der "Auswahl des einzelnen Stücks" nicht als Angebot angesehen werden kann. Der Vorrat der reklamierten Waren ist zwar ein eventuelles Problem bei vertretbaren Sachen. Aber wenn es tatsächlich nicht um den Vorrat ginge, sollte es nicht erlaubt sein, daß dieser uneingeschränkt als Vorwand benutzt wird. Möchte sich ein Geschäftsmann Entschließungsfreiheit vorbehalten, soll er seinen Wunsch ehrlich wissen lassen. Es ist eine bekannte Erscheinung, daß man Angebote lieber bekommt als abgibt. Es ist eine ungerechte Ermutigung, unredlich ein Geschäft zu betreiben[2], daß man ungeachtet des Schweigens des Inserenten bezüglich des Vorbehalts diesem Verständnis dafür entgegenbringt, daß dieser "in aller Regel die Entscheidung über das Zustandekommen eines Vertrages nicht dem Empfänger der Preisliste oder dem Leser der Anzeige überlassen, sondern sich selbst noch vorbehalten will"[3].

---

1) Larenz, AT, S. 433.

2) Hierfür ist der von OLG Stgt. 2 U 65/1971 entschiedene Fall ein bedenkliches Beispiel: Die Bekl. (ein Möbelversandgeschäft) bot regelmäßig mit Angabe der Miete und Zimmerzahl unter der Rubrik Vermietung in Zeitungsanzeigen Brautpaaren Wohnungen an, ohne wissen zu lassen, daß der Mietvertrag mit einem Möbelkaufvertrag bei ihm für tausende von Mark gekoppelt werden sollte. Auf dieser Weise wurden zahlreiche Interessenten unredlich dazu veranlaßt, dorthin zu telephonieren und teilweise sogar noch dort vorbei zu gehen. Die Deckung dieser unredlichen geschäftlichen Anzeige der Bekl. ist der Grundsatz, daß eine solche Anzeige in der Regel als Aufforderung zu Angeboten angesehen werden soll. Es soll hier nicht darum gehen, eine Anzeige ohne weiteres als Angebot zu qualifizieren, sondern den konkreten Umständen entsprechend diesen Grundsatz zu modifizieren.

3) Larenz, AT, S. 433.

Zusammenfassend ist zu sagen: Wenn man die Reklame bereits als Angebot ansehen kann, weil sie inhaltlich ausreichend bestimmt ist, sollte sie auch als Angebot behandelt werden[1]. Zu empfehlen vor allem dort, wo die Eigenschaft der Person des Vertragspartners gleichgültig ist. Dies ist sowohl nach dem Vertragstypus als auch nach den konkreten Umständen zu beurteilen. So z.B. die in einer Zeitung inserierte Tagespreisliste über die verschiedenen Artikel eines bestimmten Kaufhauses, wenn es um Barkauf geht. Man muß zugeben, daß man dieses "Gebot" nicht verallgemeinern darf; man sollte aber auch nicht darauf ohne weiteres verzichten, dieses Gebot auf die Fälle anzuwenden, wo der Inserent offensichtlich seine überlegene wirtschaftliche Macht mißbraucht. Wenn die Reklame zwar noch nicht ausreichend bestimmt ist, aber der Inserent ohne triftigen Grund die Verhandlung ablehnt bzw. zum Scheitern bringt, könnte ein Interessent seine vor und bei der Verhandlung vergeblich ausgegebenen Kosten von dem Inserenten verlangen. Die Lösung des Problems des Warenvorrats kann durch ausdrückliche Angabe oder durch die Festsetzung dessen Sollmenge im Verhältnis zu den Kosten und dem veröffentlichten Umfang der Reklame erleichtert werden.

B. Die Ablehnung des Vertragsabschlusses mit triftigem Grund

Vor der Abschlußerklärung ist die vollständige Vereinbarung des Inhaltes des abzuschließenden Vertragswerks nichts als eine sinnvolle Voraussetzung, um weiter fragen zu können, unter welchen Umständen der eine Teil dem anderen zu Schaden-

---

1) Die Rechtsfolge dieses Falles hängt von dessen Einordnung in die in §§ 3, 4 dargestellten Fallgruppe ab, wenn der Inserent über die Bindung der Reklame aus irgendeinem Grund streitet. Diese Einordnung wird wiederum von den konkreten Umständen bestimmt. Dazu vgl. Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 216 f, jedoch ist er dabei hinsichtlich des Umfangs des Schadensersatzanspruchs schematischerweise immer noch zu pauschal vorgegangen: Der schuldhaft Handelnde haftet stets nur für die Vertragsunkosten.

ersatz verpflichtet ist. Z. B. wenn der eine Teil fahrlässig oder schuldlos das Vertrauen des anderen Teiles auf seine Abschlußbereitschaft erweckte und ihn deshalb mit triftigem Grund[1] enttäuscht, haftet er analog §§ 119, 122 für den Ersatz des Vertrauensinteresses[2]. Jedoch ist es nicht erforderlich, daß die Parteien sich über alle Einzelheiten des abzuschließenden Vertrags geeinigt haben[3]. Selbstverständlich ist er dadurch hierbei nicht zeitlich unbeschränkt gebunden[3]. Hingegen haben die h.M. und die Praxis die Fälle von "Ablehnung des Vertragsabschlusses" ohne Rücksicht auf den Verschuldensgrad einheitlich behandelt: Der Vertrauenserweckende haftet stets nur auf das "negative Interesse"[4]. Dies widerspricht dem Rechtsgedanken des § 116 S. 1, wenn er vorsätzlich gehandelt hat. Denn der vorsätzliche geheime Vorbehalt bei der hier erklärten Abschlußbereitschaft ist dem bei der dortigen Abschlußerklärung ähnlich.

C. Versteckter Dissens

Wenn nach der Heranziehung des Grundsatzes von falsa demonstratio non nocet[5] und ferner nach der des Grundsatzes der normativen Auslegung[6] sich die scheinbar

---

1) Die in den §§ 118, 119, 123 aufgestellten Fälle sind als triftige Gründe anzusehen.

2) So auch im Ergebnis Craushaar, Haftung aus culpa in contrahendo wegen Ablehnung des Vertragsabschlusses- BGH, LM § 276 (Fa) BGB Nr. 28, JuS 71, 127 (130 f.).

3) So BGH BB 70, 1024 (1025).

4) BGH MDR 61, 49; BGH NJW 67, 2199; BGH MDR 69, 641; BGH BB 70, 1024; LG Mannheim MDR 71, 49.

5) Vgl. Flume, AT, II § 34 2; Larenz, AT, S. 440 f.

6) Vgl. Flume, AT, II § 34 2 f; Larenz, AT, S. 441.

übereinstimmenden Erklärungen der Parteien nicht als juristisch übereinstimmend erweisen, liegt der versteckte Dissens vor. Der abzuschließende Vertrag kommt nicht zustande[1]. Er wird nur irrtümlich als abgeschlossen angesehen[2]. Mit Recht sagt Raiser, daß "von Nichtigkeit des Vertrags als einer Folge des Dissenses, genau genommen, nicht die Rede sein" könne[3].

Seit dem sog. Weinsteinsäurefall[4] ist die vom Reichsgericht begründete Lehre, daß der "Vertragspartner", der den Dissens verschuldet hat, dem anderen zum Schadensersatz des Vertrauensinteresses aus der culpa in contrahendo verpflichtet ist und bei Mitverschulden eine Schadensteilung nach § 254 zu erfolgen hat, von der Literatur im allgemeinen übernommen und als h.M. angesehen worden[5] [6].

---

1) So auch Enn-Nipperdey, AT, § 163 II; Larenz, AT, S. 441; Soergel-Heinrich Lange, 16 § 155.

2) Zur Abgrenzung zwischen Dissens und Irrtum im Sinne des BGB vgl. Flume, AT, II § 34 4; Lange, AT, S. 252 f.; Larenz, AT, S. 441 f.; Medicus, Bürgerliches Recht, § 6 I 3.

3) Rolf Raiser, Schadenshaftung bei verstecktem Dissens, AcP 127 (1927), 1 ff. (4); anders redet Rothoeft, System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung, S. 147 f., hier von der "Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts".

4) RGZ 104, 265 ff.

5) So auch Esser, SAT, S. 375; Lehmann-Hübner, AT, S. 247; Soergel-Heinrich Lange, 19 § 155; Heinrich Lange, AT, S. 253; Enn-Nipperdey, § 163 Anm. 9; Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 206 ff. Hinsichtlich des Problems des Mitverschuldens sagt dieser mit Recht, daß "beide Teile nicht notwendig ein Verschulden und erst recht nicht notwendig gleiches Verschulden" trifft. (aaO. S. 207) "Selbst wenn aber in concreto beide Teile gleiches Verschulden trifft, ist die (entsprechende) Minderung, nicht der Ausschluß der Haftung Gebot der Gerechtigkeit und des Rechtes (§ 254)" (aaO. S. 208). A.A. Flume, AT, II § 34 5.

6) Darüber hinaus wäre ein Ersatzanspruch auf Erfüllungsinteresse auch dann gegeben, wenn ohne das Verschulden ein Vertrag mit dem gewünschten Inhalt zustande gekommen wäre. So Lehmann-Hübner, AT, S. 247.

II. Unwirksamkeit des abgeschlossenen Vertrages

A. (Fahrlässiger) Willensmangel (I)

1. Stellungnahme zum Tatbestand der Willenserklärung

Trotz des Vorhandenseins einer herrschenden Meinung gehört das Problem des Tatbestandes der Willenserklärung zu den streitigsten. Daher ist es nötig, vor der Erörterung des Willensmangels Stellung dazu zu nehmen. "Zum Mindesttatbestand einer Willenserklärung gehören in jeden Fall die objektiven Bestandteile, also Erklärungsakt und Erklärungstatbestand. ... Umstritten ist lediglich, ob auch die subjektiven Bestandteile (sc. Handlungswille, Erklärungsbewußtsein und Geschäftswille) ganz oder teilweise zum Tatbestand der Willenserklärung gehören"[1]. Mit Rücksicht darauf, daß die Willenserklärung ein privatautonomer Akt ist und daß sie daher nur dann als solche ontologisch qualifiziert werden bzw. existieren kann, wenn sie bewußt auf Grund des Geschäftswillens vorgenommen wird, müßten alle subjektiven Bestandteile dazu zählen[2]. Das Vorhandensein eines Geschäftswillens wird durch den Erklärungstatbestand bewiesen[3], der aus einem oder mehreren Erklärungsmitteln und den Begleitumständen besteht[4]. Weil die Bedeutung eines Erklärungsmittels, seien es auch Worte[5],

---

1) Soergel-Hefermehl, 5 vor § 116.

2) So Enn-Nipperdey, AT, § 153 I; Staudinger-Coing, Vorbem. 1 ff. §§ 116. Jedenfalls kann der Streit nicht um das Erfordernis des Handlungswillens gehen, weil dieser einen Akt überhaupt erst als eine Handlung qualifiziert.

3) Der Erklärungstatbestand, z.B. die "Erklärung", ist zugleich ein Beweisanzeichen des Vorhandenseins des "Willens", weil der "Wille" nur hiermit erkennbar wird. Die Un- bzw. Abhängigkeit zwischen Willen und Erklärung bleibt hier dahingestellt. Dazu vgl. Flume, AT, II § 4 4.

4) So Enn-Nipperdey, AT, § 153 I; Soergel-Hefermehl, 8 vor § 116.

5) So von Tuhr, AT, II/1 S. 418.

oft erst mit Rücksicht auf die Begleitumstände klar wird, ist es nicht ratsam, anhand der Art der Erklärungsmittel die Willenserklärungen schematisch zu unterscheiden[1]. Jedoch unterscheidet man "ausdrückliche" und "stillschweigende" Willenserklärung je nachdem, ob der Geschäftswille ausdrücklich (unmittelbar) oder schlüssig (mittelbar) zum Ausdruck gebracht wird[2]. Da die Ausdrücklichkeit bzw. die Schlüssigkeit eines Erklärungsmittels nicht immer eindeutig ist, kann die Grenze zwischen ausdrücklicher und schlüssiger[3] bzw. zwischen schlüssiger und fingierter Willenserklärung nicht scharf gezogen werden. In der Praxis wird stillschweigende bzw. fingierte Willenserklärung als "Ventil" des Begriffs der (ausdrücklichen) Willenserklärung benutzt, um den verfestigten Begriff der Willenserklärung bzw. den versteiften Grundsatz der Privatautonomie "teleologisch" wieder aufzulockern[4]. Hieraus folgt, daß das Vorhandensein des Geschäftswillens ein Ergebnis der objektiven bzw. normativen Feststellung durch Auslegung ist. Die subjektiven Faktoren spielen daher zunächst hierbei keine Rolle. Sie sind bei methodisch richtiger Behandlung erst nach der objektiven Feststellung des Vorhandenseins des Geschäftswillens heranzuziehen, und zwar als Gegenbeweis, um dieses Ergebnis zu

---

1) Vgl. Enn-Nipperdey, AT, S. 943.

2) Vgl. Soergel-Hefermehl, 10 vor § 116; Enn-Nipperdey, AT, § 153 II.

3) So auch von Tuhr, AT, II/1 S. 417.

4) Vgl. Flume, AT, II § 10; ders. das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten, AcP 161 (1962), 52 ff; Hübner, Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung in der Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. I S. 373 ff.

widerlegen[1]. Diesen Gegenbeweis darf der Erklärende nach §§ 116 ff. mit der bloßen Behauptung beweiskräftig erbringen, daß er bei der "Erklärung" keinen entsprechenden Geschäftswillen hatte. Jedoch hat er wegen dieser Widerlegung den Schaden des Erklärungsempfängers zu ersetzen. Der Umfang seiner Haftung ist je nachdem zu bestimmen, ob er einen triftigen Grund hat. Die §§ 116 ff. sind nach diesem Gedanken zu verstehen.

2. Mangel der Ernstlichkeit (§ 118)

a. Bewußte Fahrlässigkeit und Rechtsfolge

Wer eine Willenserklärung, die nicht ernstlich gemeint ist, in der Erwartung abgegeben hat, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, verhält sich bewußt gegen das Pflichtgebot. Ein bewußtes Verschulden kann weiter in direkten, bedingten Vorsatz und bewußte Fahrlässigkeit kategorisiert werden. Der Unterschied zwischen den letzten zwei Schuldformen liegt darin, ob der Erklärende "den Umständen nach damit rechnet"[2], daß seine Erwartung erfüllt werde, also nicht in seiner subjektiven Überzeugung, sondern in etwas Objektivem: in der Erklärung und ihren Umständen. Das bewußte Verschulden kann daher zugunsten des Täters erst dann als bewußte Fahrlässigkeit bewertet werden, wenn die Erwartung objektiv bestätigt wird. Angesichts des § 116 (vorsätzlicher geheimer Vorbehalt) kann der Fall des § 118 nur einer von bewußter Fahrlässigkeit sein. Die oben-

---

1) Dies widerspricht nicht dem Grundsatz von falsa demonstratio non nocet, weil die Anwendung dieses Grundsatzes voraussetzt, daß das Vorhandensein des durch die normative Auslegung festgestellten Geschäftswillens widerlegt wird, und zugleich ein tatsächlich übereinstimmendes Verständnis bestätigt wird. Eine entgegengesetzte Verfahrensreihe macht die Regelung über Willensmängel unerklärlich: Wenn zunächst schon das Vorhandensein des inneren Willens in Vordergrund stehen sollte, kann kein Problem des Willensmangels entstehen. Eine Regelung darüber wäre konsequenterweise überflüssig. Dies widerspricht aber den §§ 116 ff. Vgl. Flume, AT, II § 16 1 d, 2 a.

2) Esser, SAT, S. 240.

erwähnte mögliche Schuldform des Vorsatzes ist folglich im Fall des § 118 ausgeschlossen. Die Fälle des Vorsatzes sind hier deswegen trotz der subjektiven Erwartung des Erklärenden in die Fallgruppe des § 116 einzuordnen. Daraus folgt, daß der Mangel der Ernstlichkeit im Fall des § 118 für Dritte objektiv erkennbar sein muß[1]. Jedoch ist es nicht notwendig, daß der Erklärende seine Erwartung, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ausdrücklich erklärt[2]. Der h.M. genügt hingegen "die rein innerliche Erwartung" des Erklärenden. Diese Ansicht ist offensichtlich "mit den Anforderungen der Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr nicht zu vereinen"[2]. Um diesen Mangel zu beseitigen versuchen die Anhänger der h.M. in der Beweisfrage ein "Korrektiv" zu finden in der Weise, daß dem Erklärenden der ihm obliegende Nachweis regelmäßig nicht gelingen wird, "wenn der Mangel der Ernstlichkeit nicht äußerlich erkennbar war"[3]. Dies ist für die h.M. nicht nur ein technisches Korrektiv, sondern ein wesentliches, mit dem sie

---

1) So auch Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 17f. Mit bloßer Heranziehung der h.M. vertreten Flume (AT, II S. 413), Enn-Nipperdey (AT, § 165 Anm. 3), Riezler (Staudinger Kommentar 10. Aufl. 3 § 118), Larenz (AT, S. 304), mit der Willenstheorie Manfred Wolf (Rechtsgeschäftslehre in Athenäum-Zivilrecht 1 S. 93),mit dem Wortlaut Oertmann (§ 118 N. 3b), Soergel-Hefermehl (6 § 118), mit richtig begründeter Sorge des Ausschlusses der Ersatzpflicht nach § 122 II Lange (AT, S. 338 ferner vgl. unten § 3 II A 2b) und ohne klare Begründung Lehmann-Hübner andere Ansicht.

2) Staudinger-Coing, 3 § 118.

3) Riezler, Staudinger Kommentar 10. Aufl. 3 § 118; So auch Oertmann § 118 N. 3 b; ähnlich Soergel-Hefermehl, 6, 8 § 118.

in die Gegenmeinung übergeht. Dementsprechend ist das mißlungene Scheingeschäft dem § 116 bzw. § 118 je nachdem zu unterstellen, ob der Mangel der Ernstlichkeit objektiv erkennbar ist.

Zum Schutz des Empfängers, der auf die Ernstlichkeit der Erklärung vertraute, ist der Erklärende ihm nach § 122 I zum Ersatz des Vertrauensinteresses verpflichtet[1].

b. Fehleinordnung des § 118 in § 122

Die Regelung des § 122, vor allem des § 122 II, leitet sich konsequenterweise von dem Veranlassungsprinzip bzw. dem Risikoprinzip ab. Die Einordnung des § 118, der Fälle bewußter Fahrlässigkeit regelt, in § 122 führt daher zu einem Wertungswiderspruch: Ungleichartiges gleich zu behandeln[2]. Jedoch ist ein im Gesetz enthaltener Wertungswiderspruch, der nicht durch die Auslegung beseitigt werden kann, im Gegensatz zum (unlösbaren)[3] Normwiderspruch de lege lata hinzunehmen[4].

---

1) Es ist zwar zu überlegen, ob das Erfüllungsinteresse im Fall einer bewußten Fahrlässigkeit geschützt werden sollte, § 118 ist aber keine gute Basis für eine solche Rechtsfortbildung, weil hier der begleitende Faktor des Kennenmüssens des Erklärungsempfängers die Überlegung stört.

2) Zum negativen Gleichheitssatz vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 82 ff.

3) Ein "lösbarer" Normwiderspruch ist nur ein "scheinbarer" (Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 158). Ferner Canaris, aaO. S. 65 ff; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 293 f.

4) Das meint zwar auch Hefermehl (Soergel-Hefermehl, 27 vor § 116), er spricht dabei aber ersichtlich nur von dem Umfang des Schadensersatzanspruchs (§ 122 I). Für die Hinnehmbarkeit des Wertungswiderspruchs sind Engisch (aaO. S. 161), Larenz (aaO. 316); a.A. Canaris, der meint, daß die Hinnehmbarkeit eines Wertungswiderspruchs nach dem Grundsatz des "verfassungsrechtlichen Willkürverbots" geprüft werden soll (Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 121 ff. (125 ff.)).

Weil die objektive Erkennbarkeit des Mangels der Ernstlichkeit von § 118 vorausgesetzt wird, liegt fahrlässiges Nichterkennen des Erklärungsempfängers vor, das nach § 122 II die Ersatzpflicht ausschließt[1]. Dadurch entsteht ein Problem des Normwiderspruchs. Eigentlich kann § 122 II, der unter Berücksichtigung des Mitverschuldens zur Einschränkung der Haftung aus § 118 dient, keinen "unlösbaren" Normwiderspruch bewirken, wenn jener Paragraph nicht in abstracto diesen durchaus ausschaltet. Denn es ist nicht verständlich, daß die Gesetzgeber bewußt Regelungen anordnen, die von vornherein durch andere aufgehoben werden. Hier ist dies aber der Fall. Sie heben sich daher in den § 118 entsprechenden Fällen gegenseitig auf und bringen eine sog. Kollisionslücke mit sich. Diese ist auszufüllen[2], weil der Grund dieses Normwiderspruchs nicht zuletzt darin liegt, daß die Gesetzgeber hierbei fälschlich einen Fall bewußter Fahrlässigkeit der Fallgruppe der "Veranlassungshaftung" zugeordnet haben, und weil die Ablehnung der Haftung eines "bewußten fahrlässigen geheimen Vorbehalts" (§ 118) überhaupt gegen den Rechtsgedanken des § 276 I ist. Bei dieser Überlegung wird die Sachgemäßheit der Anerkennung der Haftung für den Mangel der Ernstlichkeit zugleich bekräftigt. Im Ergebnis besteht § 118 in Verbindung mit § 122 I prak-

---

1) Vgl. Lange, AT, S. 338. Er hat zwar auch diesen Aspekt bemerkt, aber er bedient sich dessen unzutreffend zur Verneinung der Abgrenzung zwischen den Fällen des § 116 und denen des § 118 nach der objektiven Erkennbarkeit des Mangels der Ernstlichkeit.

2) Zum Problem der Kollisionslücken vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 65 ff. Er sagt im allgemeinen: "Eine Lücke entsteht dabei deshalb, weil die vom Gesetz in den Normen gestellte Frage eine Rechtsfrage bleibt und der Fall nicht etwa in den rechtsfreien Raum zurückfällt. Denn nicht, daß er an zwei Stellen für rechtserheblich erklärt wurde, sondern daß an ihn zwei einander widersprechende Rechtsfolgen geknüpft sind, macht den Widerspruch aus" (S. 65).

tisch weiter, aber natürlich ohne die Einschränkung des § 122 II[1], auch wenn sein Geltungsgrund dann nicht mehr als "aus der ausdrücklichen Anordnung des positiven Rechts" bezogen anzusehen ist[2]. Hierbei ist das Problem des Mitverschuldens nach dem allgemeinen Grundsatz (§ 254 I) zu lösen.

3. Irrtum und falsche Übermittlung

a. Auf welchem Prinzip (Veranlassungs-, Verschuldens- oder Risikoprinzip) beruht die Haftung nach § 122?

Die Anfechtung wegen Irrtums führt zur Schadensersatzpflicht nach § 122 I, soweit sie nicht nach § 122 II ausgeschlossen ist. § 122 I setzt für diese Schadensersatzpflicht kein Verschulden voraus. Deshalb sagt man vielfach, daß die Regelung des § 122 auf dem Veranlassungsprinzip[3] beruhe. Die Berufung auf dieses Veranlassungsprinzip stößt auf viele Widerstände. Flume hielt dies für "nicht glücklich" und meint, daß die Haftung nach § 122, wenn auch sie durch das Gesetz bestimmt werde, eine rechtsgeschäftliche Haftung, nämlich eine solche auf Grund der rechtsgeschäftlichen Erklärung sei[4]. Diese Ansicht widerspricht dem vom BGB befolgten Grundsatz der Abgrenzung zwischen rechtsge-

---

1) Weil der Normwiderspruch nicht in dem Umfang der Haftung, sondern in deren Ausschluß wegen des Mitverschuldens liegt, ist der im § 122 I geäußerte "Wille des Gesetzes" bei der Lückenausfüllung weiter durchzusetzen. Zur Frage, ob der Umfang des Schadensersatzanspruchs bei culpa in contrahendo überhaupt sich dem Grad des Verschuldens anpassen soll, vgl. unten § 6 II C.

2) Canaris, aaO. S. 65 Anm. 30.

3) Vgl. Enn-Nipperdey, AT, § 171 I; Flume, AT, II S. 422; Soergel-Hefermehl, 1 § 122.

4) Flume, aaO. S. 423.

schäftlichen und gesetzlichen Pflichten. Danach kann eine rechtsgeschäftliche Pflicht nur durch wirksames Rechtsgeschäft begründet werden. Ein "unwirksames" Rechtsgeschäft ist zwar juristisch kein "Nichts"[1], es führt aber eben keine rechtsgeschäftliche Pflicht herbei. Für die Frage, ob es dennoch gesetzliche Pflichten bzw. eine gesetzliche Haftung bewirkt, kommt es noch darauf an, ob ein gewisser Tatbestand gesetzlicher Pflicht bzw. Haftung erfüllt ist.

Canaris meint, die Schadensersatzpflicht nach § 122 solle als ein Tatbestand der "Vertrauenshaftung" qualifiziert werden, für den die Zurechenbarkeit des Verpflichteten, hier nämlich des Anfechtenden, erforderlich sei, um den tragenden Rechtfertigungsgrund bzw. den Gerechtigkeitsgehalt nicht zu verlieren. Das Veranlassungsprinzip als das Prinzip der reinen Kausalhaftung unter anderen Namen komme a priori nicht als Zurechnungskriterium in Betracht. Es sei durch das Risikoprinzip zu ersetzen[2]. Diese Ansicht stimmt aber mit dem § 122 ohne dessen Reduktion nicht überein, weil das Risikoprinzip die Haftung ohne Verschulden nicht völlig deckt.

Rothoeft versucht dagegen, das maßgebliche Zurechnungsprinzip unter Berücksichtigung des § 307 auf das Verschuldensprinzip heraufzusetzen und meint, daß § 122 berichtigungsbedürftig sei[3]. Als Lösung bietet er an, daß die Verpflichtung, den Vertrauensschaden zu ersetzen, wenn der Vertrag schließlich aufgelöst wird, dem Rechtsinstitut der culpa in contrahendo untergeordnet werden solle[4]. Jedoch versucht er, weil der Beweis des Verschuldens des Verpflichteten oft

---

1) Zum Problem der Rechtsfolgen eines angefochtenen Rechtsgeschäfts vgl. im allgemeinen "Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen" von Hans-Martin Pawlowski, 1966.

2) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 474, 486.

3) Rothoeft, System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung, § 17 Ziff. 5, 7 b aa. bb.

4) AaO. S. 202.

Schwierigkeiten bereiten könne, im Fall des sog. Bedeutungsirrtums (§ 122 I Fall 2) anhand der "unwiderleglichen vermuteten Erklärungsfahrlässigkeit" und im Fall des sog. Sachverhaltsirrtums (§ 122 I Fall 1 und II) anhand der Sphärentheorie den Berechtigten zu helfen, nach der der Sachverhaltsirrtum als infolge von Fahrlässigkeit herbeigeführt angesehen werde, wenn "der Umstand" auf den sich der Sachverhaltsirrtum bezieht, in den Risikobereich des Irrenden fällt"[1]. Theoretisch stammen die hier von Canaris und Rothoeft vertretenen Ansichten aus gleichen Sphärengedanken[2]; praktisch müßte Rothoeft anders als Canaris für den Irrenden eine weitere Möglichkeit vorsehen, einen Gegenbeweis vorzubringen, sonst wäre die Ansicht Rothoefts nur eine Scheinbegründung, um ggf. den § 254 heranziehen zu können[3]. Er ist aber offensichtlich nicht bereit, diese Ansicht zu vertreten, weil er im Fall des sog. Bedeutungsirrtums ausdrücklich sagt, daß man dort von "einer unwiderleglichen vermuteten Erklärungsfahrlässigkeit" ausgehen könne, aber im Fall des sog. Sachverhaltsirrtums schweigt. Unter dem Einfluß der ausdrücklichen Regelung des § 122 und der h. M. vom Veranlassungsprinzip, mit Rücksicht auf den Widerspruch zwischen dem § 122 und dem § 307 und mit der gewünschten Berücksichtigung des Mitverschuldens nach dem § 254 schwankt die Ansicht Rothoefts zwischen Verschuldensprinzip und Risikoprinzip. Dieser Ansicht ist somit nicht zuzustimmen.

Das Veranlassungsprinzip deckt zwar am besten den § 122; es entspräche aber erst dann der Wirklichkeit, wenn der Anwendungsbereich des § 122 auf die Fälle "ohne Verschulden" eingeschränkt würde. Die h. M. vom Veranlassungsprinzip

---

1) AaO. S. 202.

2) Canaris, aaO. S. 480.

3) Rothoeft, aaO. § 17 Ziff. b aa, bb.

muß deshalb auch nur unter dieser Einschränkung befolgt werden[1].

b. Die Merkmale der Skala der subjektiven Elemente des Irrenden nach § 122 und die Überbetonung eines Extrems der Skala.

§ 122 Abs. I setzt zwar kein Verschulden voraus, die §§ 119 f. verbieten aber auch nicht einem fahrlässigen Erklärenden, eine Erklärung nach diesen Vorschriften wegen Irrtums bzw. wegen falscher Übermittlung anzufechten. Die Skala der subjektiven Elemente des Irrenden nach § 122 erstreckt sich nach bisheriger Ansicht von "ohne Verschulden" bis "grobe Fahrlässigkeit"[2]. Daher ist es unrichtig, ohne Rücksicht auf den zweiten Fall zu bestreiten, daß "die Schadensersatzpflicht nach § 122 der Lehre von der Haftung für culpa in contrahendo einzuordnen" ist[3], bzw. zu behaupten, daß die Ersatzpflicht des wegen Irrtums Anfechtenden "durch § 122 ausschließlich geregelt" sei, wenn auch der zweite Fall eigentlich für "eine Haftung aus culpa in contrahendo in Betracht komm(t)"[4]. § 122 verdrängt culpa in contrahendo schon dann nicht ohne weiteres, wenn hier Verschulden vorausgesetz würde, geschweige wenn dies nicht der Fall ist. Die Verdrängung der culpa in contrahendo durch § 122 ist daher nicht einleuch-

---

1) Vgl. unten § 3 II A 3 b.

2) Eine bewußte Fahrlässigkeit ist mit den Begriff des Irrtums im Sinne des § 119 nicht übereinstimmend. Sie wird deshalb von dieser Skala ausgeschlossen.

3) Flume, AT, S. 422; ausführlich unten § 3 II A 3 c.

4) Enn-Nipperdey, AT, S. 1058; vgl. auch Anm. 7 ebd.

tend begründet. Sie ist eine bloße Überbetonung[1] eines Extrems ("ohne Verschulden") der Skala. Dazu kommt, daß die Anwendung des § 122 auf den zweiten Fall ein Ergebnis der Heranziehung des argumentum a minori ad maius ist. Dieser Schluß darf jedoch nur dort gebraucht werden, wo es an einer gesetzlichen Vorschrift fehlt. Wo culpa in contrahendo als geltendes (Gewohnheits-) Recht existiert, ist grundsätzlich für ein argumentum a minori ad maius aus § 122 kein Platz. Es ist daher vorzuschlagen, daß der Anwendungsbereich des § 122 auf die Fälle "ohne Verschulden" beschränkt wird. Zumindest müssen doch § 122 und culpa in contrahendo nebeneinander im Fall "mit Verschulden" anwendbar bleiben, um dem Rechtsgedanken des § 254 Rechnung tragen zu können[2].

c. Die Notwendigkeit und der Wert der Einordnung des Falles des § 122 in culpa in contrahendo.

Diese Einordnung wurde,wie oben erörtert,deswegen von der Lehre abgelehnt oder es wurde ihr nur zurückhaltend zugestimmt, weil § 122 kein Verschulden des Verpflichtenden voraussetzt und daher der Voraussetzung der culpa in contrahendo, nämlich der culpa nicht entspricht. Dieses

---

1) Es ist eine Überbetonung, weil danach ein Fall von "mit Verschulden" dem Fall "ohne Verschulden" gleichgestellt werden soll.

2) In der Praxis ist dieses Problem dank der Regelungen über Täuschung nicht so ernst wie es scheint. Eine Veranlassung des Irrtums mit Fahrlässigkeit ist eine fahrlässige Täuschung, und eine Veranlassung des Irrtums mit Vorsatz eine arglistige Täuschung. (Vgl. jeweils unten § 3 II A 4 und § 4 I B.). Eine fahrlässige Ausnutzung des Irrtums des Erklärungsgegners bleibt im Bereich des Irrtums des Irrenden, während eine vorsätzliche Ausnutzung eine arglistige Täuschung bildet. In jenem Fall ist die Heranziehung des § 254 im Vergleich zu § 122 II von Bedeutung. Beiderseitiger Irrtum ohne Veranlassung des Gegners ist nach § 254 zu lösen, also das Interesse zwischen den Parteien abzuwägen. Dieser tritt aber am meisten als Dissens oder Fehlen der Geschäftsgrundlage auf.

Einordnungsproblem sollte nach dem obigen Nachweis nur noch dann aufrecht erhalten bleiben, wenn den Irrenden tatsächlich kein Verschulden an dem Irrtum trifft. Es fragt sich aber auch hier wie im Fall des § 179 II[1], ob culpa in contrahendo und § 278 nach deren ratio legis teleologisch auf Veranlassung extendieren soll. Diese Frage ist besonders wichtig für die Gehilfenhaftung, wenn der Irrende ein Gehilfe einer Partei ist. Obwohl die Möglichkeit bestünde, daß man dieses Problem nicht über culpa in contrahendo, sondern unmittelbar durch analoge Anwendung des § 278 lösen könnte, wäre es aber systematisch besser, es über culpa in contrahendo zu lösen, um die hauptsächliche Eigentümlichkeit und Gemeinsamkeit unter den "Fällen des § 122" und denen der culpa in contrahendo nämlich "in contrahendo" hervorzuheben und einheitlich[2] zu behandeln. Dadurch wird jedoch der Weg nicht verbaut, innerhalb der culpa in contrahendo hinsichtlich der Fälle des "Irrtums" noch Fallgruppen zu bilden, wie man es im Falle der Nichteinhaltung der Formvorschriften gemacht hat[3].

d. Rechtsfolge

Der Umfang des zu ersetzenden Schadensersatzes wird zwar nach der h. M. grundsätzlich gemäß § 122 I auf das Vertrauensinteresse eingeschränkt, und nicht über den Betrag

---

1) Vgl. unten § 3 II B 2;

2) "Einheitlich" ist hier nicht hinsichtlich des Umfangs des Schadensersatzanspruchs gemeint, sondern hinsichtlich der Haftung für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen (§ 278).

3) Vgl. unten § 3 II C, § 4 IV.

des Erfüllungsinteresses hinaus ausgedehnt[1]. Diese Ansicht ist aber im Fall des schuldhaften Irrtums angreifbar. Weil der Fall des schuldhaften Irrtums nicht im BGB geregelt wird, ist die Frage daher auch offen, ob der Umfang des Schadenersatzanspruches wegen schuldhaften Irrtums auch nach § 122 I auf das Vertrauensinteresse beschränkt werden soll. Hierzu gibt § 118 auch kein Indiz, weil die im § 118 vorausgesetzte objektive Erkennbarkeit des Mangels der Ernstlichkeit gerade im Gegensatz zu der in §§ 119 ff. vorausgesetzten objektiven Unerkennbarkeit des Irrtums (§ 122 II) steht.

Sollte diese Beschränkung nicht im allgemeinen widerlegt werden, dürfte sie doch an gewissen Umständen relativiert werden: Wäre "der Vertrag ohne die irrtümliche Erklärung zustande gekommen", hätte dem Anfechtungsgegner ein Schadensersatzanspruch auf Erfüllungsinteresse gegen den Irrenden "wegen culpa in contrahendo zugestanden"[2]. Das Erfüllungsinteresse ist deshalb nicht ohne weiteres zu entschädigen.

e. Falsche Übermittlung

Wenn eine Willenserklärung wegen falscher Übermittlung nach § 120 angefochten wird, so haftet der Erklärende nach § 122 auch auf den Schadensersatz des Vertrauensinteresses[3].

---

1) Enn-Nipperdey, AT, § 171 II 3 f; Flume, AT, II S. 423; Larenz, AT, S. 324; Lange, AT, § 55 V 4; Lehmann-Hübner, AT, S. 270.

2) Enn-Nipperdey, AT, § 171 Anm. 7. Die gleich begründete Relativierung hinsichtlich des versteckten Dissenses findet man bei Lehmann-Hübner, AT, S. 247, hinsichtlich des Formangels bei Reinicke, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, S. 126 ff., Esser, SAT, S. 39, Soergel-Hefermehl, 21 § 125.

3) Vgl. Larenz, AT, S. 315.

4. Fahrlässige Täuschung

Die Haftung für fahrlässige Täuschung ist im BGB nicht wie die für arglistige Täuschung generell geregelt[1]. Um dem Geschädigten ggf. zu ermöglichen, sich vom Vertrag loszusagen und Ersatz für sein Vertrauensinteresse zu erlangen, wird in Literatur und Rechtsprechung bald die eine, bald die andere von folgenden Möglichkeiten[2] vorgeschlagen bzw. herangezogen:

(a) § 119
(b) Einrede der allgemeinen Arglist
(c) Fehlen der Geschäftsgrundlage
(d) culpa in contrahendo
(e) Selbständige Auskunftsverträge
(f) Deliktische Haftung.

Der Anwendungsbereich von culpa in contrahendo ist umfassender als der in (a) bis (f) genannten übrigen Rechtsbehelfe[3]. Sie alle können jedoch nebeneinander herangezogen werden. Zu ihren Rechtsfolgen seien noch folgende Bemerkungen angefügt:

Die Rechtsfolge von (a) bzw. (b) dient dem Getäuschten lediglich zur Verteidigung, nämlich dazu, sich vom Vertrag loszusagen[4] bzw. das Erfüllungsbegehren des Gegners abzulehnen. Die von (c) fügt noch die Möglichkeit der Anpassung des Ver-

---

1) Vgl. Henrich, Die unbewußte Irreführung, AcP 162 (1963), 88 ff.; Wintterlin, Die Haftung für fahrlässige Irreführung im englischen Delikts- und Vertragsrecht unter vergleichender Berücksichtigung des deutschen und nordamerikanischen Rechts, 1968, 79 ff.

2) (a) bis (d) vgl. Henrich aaO.; (a) bis (f) vgl. Wintterlin, aaO..

3) Die Frage nach dem Anwendungsbereich hat nichts mit der Frage nach dem Umfang des Schadensersatzanspruchs zu tun, daher wird sie hier nicht weiter verfolgt; vgl. dazu Henrich, AcP 162 (1963), 94 ff.

4) Dem Getäuschten als dem Anfechtenden steht aus § 122 I kein Ersatzanspruch zu; nach § 122 II haftet er aber auch nicht etwa selbst, weil der Täuschende mit Rücksicht auf die von ihm hervorgerufene fahrlässige Erregung des Irrtums die Anfechtbarkeit kennen mußte.

tragsinhalts bezüglich des Äquivalenzverhältnisses hinzu[1]. Wegen ihres stark fiktiven Charakters nützt (e) für die Lösung dieser Fallgruppe nicht viel. Hinsichtlich § 278 und Vermögensschädigung muß man der culpa in contrahendo vor der deliktischen Haftung den Vorzug geben.

Die fahrlässige Täuschung wird nicht nur als "culpa" begangen, sondern sie kommt auch "in contrahendo" vor. Hiervon ausgehend ist "culpa in contrahendo" die geeignetste und natürliche Regelung, die man zur Lösung dieser Fallgruppe heranziehen sollte.

Die Rechtsfolge der culpa in contrahendo in dieser Fallgruppe wird normalerweise wie folgt beschrieben: Der Täuschende habe "den Zustand wieder herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestanden hätte"[2]. Hieraus läßt sich schließen, daß sich der Getäuschte vom Vertrag lossagen und vom Täuschenden das Vertrauensinteresse verlangen kann[3]. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß auch das Erfüllungsinteresse des Getäuschten ggf. geschützt wird, insbesondere dann, wenn der Vertrag ohne die fahrlässige Täuschung wirksam abgeschlossen worden wäre[4].

---

1) Zutreffende Bemerkung über das Problem der Anpassung bei Esser, SAT, S. 238.

2) Henrich, aaO. S. 99.

3) Vgl. Wintterlin, aaO. S. 87 f.

4) Dieses Problem wird meistens im Hinblick auf Formmängel behandelt, vgl. unten § 4 IV C.

B. Stellvertretung (I)

1. Haftung des Vertretenen

a. Fahrlässiger Willensmangel bei der Bevollmächtigung

Das Innenverhältnis[1] zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten wird, wenn überhaupt, als ein normales Vertragsverhältnis angesehen. Es ist daher nicht nötig, das Problem des Innenverhältnisses hier besonders zu behandeln. Hingegen taucht zwischen Geschäftsgegner und Vollmachtgeber nach dem Beginn der Vertragsverhandlung[2] auf Grund der Vollmacht eine spezielle Problematik auf, wenn die Erteilung der Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden erfolgte (interne Bevollmächtigung)[3]. Ohne den Eintritt in die Vertragsverhandlung hat die interne Bevollmächtigung noch nichts mit dem Geschäftsgegner zu tun. Damit eine Willenserklärung oder überhaupt ein solcher Eintritt in die Vertragsverhandlung unmittelbar für und gegen den Vollmachtgeber wirkt, muß der Bevollmächtigte ausdrücklich oder stillschweigend seinen Vertreterwillen zum Ausdruck bringen (Offenheitsgrundsatz)[4].

---

1) Das Innenverhältnis ist von dem Vertretergeschäft und von der Bevollmächtigung zu unterscheiden, vgl. Larenz, AT, § 31 I f.

2) Nach dem Beginn der Vertragsverhandlung und vor dem Vertragsabschluß kann der Vollmachtgeber natürlich immer noch behaupten, daß er keine Pflicht zum Vertragsabschluß habe, oder beweisen, daß die Verhandlung sowieso an irgendeinem anderen Grund als dem des Willensmangels bei der Bevollmächtigung gescheitert wäre, um sich von seiner Haftung zu befreien. Obwohl die erste Begründung allgemein akzeptiert wird, erscheint sie nicht so sachgerecht wie die zweite. Dazu ausführlicher unter § 3 I A, B und § 4 II.

3) Eine von dem Vollmachtgeber unmittelbar gegenüber dem Geschäftsgegner erteilte Vollmacht wirft hinsichtlich deren möglichen Willensmangels auch keine besonderen Probleme auf, abgesehen von den §§ 171 f. Vgl. unten § 4 III A 1.

4) Vgl. Soergel-Schultze- v. Lasaulx, 9 § 164.

Mit Recht deutet Flume[1] darauf hin, daß der Bevollmächtigte hierbei gegenüber dem Geschäftsgegner Bote des Vollmachtgebers sei[2]. Die ursprünglich schon durch interne Bevollmächtigung erteilte Vollmacht erfolgt somit darüber hinaus gegenüber dem Geschäftsgegner (externe Bevollmächtigung). Es ist nicht einzusehen, warum die Möglichkeit verneint werden sollte, daß ein und dieselbe Vollmacht mehrmals gegenüber dem zu Bevollmächtigenden und / oder dem Geschäftsgegner erteilt werden kann, da ja auch ein Anspruch mehrfach begründet werden kann[3].

Die interne Bevollmächtigung hat im Vergleich zu der externen[4] für den Geschäftsgegner nur die Bedeutung, daß der Zugang der Vollmachterteilung "verschoben" wird. Wenn die interne Bevollmächtigung mittels der Vollmachtbehauptung dem Geschäftsgegner zugeht, ist sie ihm gegenüber eben auch eine externe Bevollmächtigung. Die Willensmängel bei der internen, die die Grundlage der externen ist, stellen somit auch die bei dieser dar. Mit Recht sagt Flume: "Was die Haftung des Vollmachtgebers nach § 122 anbetrifft, so ergibt sie sich gegenüber dem Dritten bei der externen Bevollmächtigung unmittelbar aus § 122. Auch bei der internen Bevollmächtigung kann es jedoch nicht anders sein"[5].

---

1) Flume, AT, II S 871.

2) § 172 I ist in der Tat dafür ein geeignetes Beispiel.

3) Hier spricht man von "Anspruchsnormenkonkurrenz"; vgl. Apostolos Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, 1967, § 16 IV 1.

4) Über die Problematik der externen Bevollmächtigung, der §§ 171 f s. § 4 III A 1.

5) Flume, AT, II S. 871; ihm folgt Medicus, Bürgerliches Recht, S. 37. Zur grundlegenden Erörterung über die Haftung aus § 122 vgl. oben § 3 II A.

b. Fahrlässiger Willensmangel bei der Duldungsvollmacht

Liegt Scherzerklärung, fehlgeschlagene Scheinerklärung oder Eigenschaftsirrtum bezüglich der Person des Vertreters bei der "Erteilung" der Duldungsvollmacht vor, sollten diese Fälle in die Fallgruppe des Vertrauensinteresses eingeordnet werden und nicht schematisch in die des Erfüllungsinteresses, wie es unter dem Einfluß der h. M. geschehen kann, nach der das Erfüllungsinteresse im Fall der Duldungsvollmacht zu ersetzen ist. Die oben genannten drei Fälle werden je nach der Art des Willensmangels behandelt[1]. Dies widerspricht auch nicht der Regelung über die Anscheinsvollmacht, weil diese Umstände voraussetzt, die den objektiven Rückschluß auf die Erteilung der Vollmacht erlauben, und weil die Möglichkeit eines solchen objektiven Rückschlusses durch die objektive Erkennbarkeit des Mangels der Ernstlichkeit (§ 118)[2] bzw. durch den Mangel der "im Verkehr als wesentlich" angesehenen Eigenschaften (§ 119 II) widerlegt wird.

2. Haftung des Vertreters

a. Vertretung ohne Kenntnis des Mangels der Vertretungsmacht (§ 179 II)

Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so ist er dem Geschäftsgegner lediglich zum Ersatz des Vertrauensinteresses verpflichtet, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches dieser an der Wirksamkeit des Vertrags hat (§ 179 II). Diese Haftung des Vertreters hat, ebenso wie im Fall des § 122, keinerlei Verschulden

---

1) Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, § 5 II 3.

2) Vgl. oben § 3 II A 2.

zur Voraussetzung[1]; jedoch unterstehen dem § 179 II nach dem argumentum a minori ad maius die Fälle[2], in denen sich der Vertreter fahrlässig des Mangels der Vertretungsmacht nicht bewußt ist[3]. Diese Fälle erfüllen zugleich die Tatbestände des § 179 II und der culpa in contrahendo. Es ist daher unrichtig zu behaupten, daß alle Fälle der Vertretung ohne Kenntnis des Mangels der Vertretungsmacht ohne Rücksicht auf Verschulden einheitlich nach § 179 II, III behandelt werden sollen. Weil die bisherige Befürwortung der Anwendung des § 179 II, III auf diese Fälle ein Ergebnis der Heranziehung des argumentum a minori ad maius ist, ist ihr mit Rücksicht auf die culpa in contrahendo nicht beizupflichten. Daher soll vorgeschlagen werden, den Anwendungsbereich des § 179 II, III auf die Fälle des "ohne Verschulden" zu beschränken, oder daß zumindest § 179 II und culpa in contrahendo im Fall des "mit Verschulden" nebeneinander anwendbar sein sollen, um den Rechtsgedanken des § 254 mitwirken lassen zu können[4].

---

1) Larenz, AT, S. 501.

2) Solche Fälle sind wie die des Irrtums gewissermaßen im BGB vernachlässigt. Hinsichtlich der Zurechenbarkeit bestehen zwischen Vorsatz bzw. Arglist und Veranlassung noch andere Schuldformen, nämlich bewußte Fahrlässigkeit, grobe und leichte Fahrlässigkeit. Die Regelungen über Veranlassung, z.B. §§ 122, 179 II, III können einem Fall von Fahrlässigkeit kaum gerecht werden. Dies ist besonders auffallend dort, wo Mitverschulden vorliegt. Auch hinsichtlich des Umfangs der Haftung bestehen Bedenken. So auch Canaris, Vertrauenshaftung, S. 534 Anm. 44, der meint, daß man "mit Recht die Frage stellen kann, ob de lege ferenda nicht der Erfüllungshaftung (d.h. der völligen Unbeachtlichkeit des Irrtums) ein breiteres Anwendungsfeld eingeräumt werden sollte (z.B. bei grob fahrlässigen Irrtümern oder im Handelsverkehr)".

3) Die Fälle, in denen sich der Vertreter des Mangels der Vertretungsmacht bewußt ist, s. unten § 4 III B 1.

4) Vgl. oben § 3 II A 3 b.

Der Fall, daß dem Vertreter ohne Verschulden der Mangel der Vertretungsmacht nicht bewußt ist, erfüllt nicht den Tatbestand der culpa in contrahendo, weil es dabei an der "culpa" fehlt. Es fragt sich aber, ob hier nicht culpa in contrahendo und § 278 gemäß deren ratio legis hinsichtlich der subjektiven Haftungselemente auf Zurechnung wegen Veranlassung bzw. Geschäftsrisiko teleologisch zu extendieren sind. Diese Frage ist bedeutend bei der Gehilfenhaftung, wenn das Geschäft vom Gehilfen des Vertreters vorgenommen wird[1]. Die Begründung der Haftung für Verschulden des Erfüllungsgehilfen ist auch hier passend: Wenn der Vertreter für die Führung seines Geschäfts (z.B. der Verhandlung) den Vorteil fremder Hilfe genießen will, muß er auch deren Risiko tragen, nämlich die Gefahr, daß die Gehilfen zurechenbar die geschützten Interessen des Geschäftsgegners verletzen[2].

---

1) Z.B. Ein Angestellter A des "Vertreters" B glaubte fälschlich ohne Verschuldem, daß B noch im Namen seines "Vertretenen" C mit D einen Kaufvertrag über die Wohnung des D abzuschließen beauftragt sei, und schließt mit D den Vertrag ab. Als ein Geschäftsgehilfe und nicht als eine Partei hat A grundsätzlich keine vertraglichenoder vorvertraglichen Pflichten, während B hier als Geschäftsherr des A unter Umständen nach culpa in contrahendo und somit nach §§ 278, 179 für die Vertretung ohne Vertretungsmacht haftet. Aber wenn culpa in contrahendo und somit § 278 im Fall von bloßer "Veranlassung" nicht, wie oben befürwortet, nach deren ratio legis teleologisch von "culpa" auf "Zurechenbarkeit wegen Veranlassung" extendiert werden könnten, würde B auch von der Haftung aus § 179 II befreit; denn die Veranlassung zum Vertragsabschluß wurde nicht von B, sondern von seinem Gehilfen A herbeigeführt. Dies ist im Ergebnis mit dem § 179 II zugrunde liegenden Veranlassungs- bzw. Risikoprinzip unvereinbar. Hinsichtlich der Zurechnungsprinzipien vgl. oben § 3 II A 3 a und Canaris, Vertrauenshaftung, § 38.

2) Vgl. Esser, SAT, S. 253 f; Larenz, SAT, § 20 VIII.

C. Formmangel (I)

1. Fahrlässige Nichteinhaltung der Formvorschriften

a. Der Vertrag wäre ohne Fahrlässigkeit auch nicht formgerecht abgeschlossen worden

Ist der Vertrag schon, wenn auch nicht formgerecht, "abgeschlossen", dann ist der Vertragsinhalt in der Regel ausgehandelt. Bei einem formfreien Vertrag reicht dies aus zu beweisen, daß die Entwicklungsstufe der Vertragsverhandlungen schon in dasjenige Stadium gelangt ist, in dem beide Parteien bereit sind, den Vertrag abzuschließen. Angesichts der Formvorschriften ist deshalb noch zu prüfen, ob sich die Parteien übereilt über den Vertragsinhalt geeinigt haben. Ist dies der Fall, so ist festgestellt, daß der Vertrag ohne die Fahrlässigkeit auch nicht formgerecht abgeschlossen worden wäre. Der schuldhaft Handelnde haftet dann nach h. M. auf das negative Interesse[1].

D. Anfängliche Unmöglichkeit und Gesetzesverstoß

Abgesehen vom Fall des § 308 ist ein Vertrag dann nichtig, wenn er auf eine Leistung gerichtet ist, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses[2] objektiv unmöglich ist (§ 306).

---

1) Vgl. Reinicke, Formmangel und Verschulden bei Vertragsschluß, DB 67, 109 ff. Zum Fall, in dem der Vertrag ohne die Fahrlässigkeit formgerecht abgeschlossen wäre, vgl. unten § 4 IV C.

2) Dies ist die Grenze zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit. Der Verschiebung dieser Grenze auf den Fälligkeitstermin ist nicht zuzustimmen (vgl. Esser, SAT, S. 205; Larenz, SAT, S. 83; Soergel-Schmidt, 1 § 306). Dies braucht auch nicht zur Anpassung desjenigen Falles geändert zu werden, in dem die Leistung zur Zeit des Vertragsabschlusses zwar möglich ist, wo aber von

Nach § 307 ist derjenige, der bei dem Vertragsabschluß die Unmöglichkeit gekannt hat oder hätte kennen müssen, verpflichtet, dem anderen Teil den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit vertraut (Vertrauensinteresse)[1].

---

vornherein feststeht, daß "sie bei Fälligkeit unerbringlich sein würde" (Esser, aaO. S. 205). Die besonderen Bedürfnisse im Fall der Beschaffungsschuld können nur eine Ausnahmeregel für diesen Fall rechtfertigen und nicht die totale Änderung der ursprünglichen allgemeinen Regel. Dieser Ansicht war früher auch Esser, der meinte, daß diese Verschiebung "nur bei 'Beschaffungsschulden' der Interessenlage" entspreche (Schuldrecht, 2. Aufl. S. 24). Er ist jetzt aber offensichtlich bereit, diese Verschiebung hinzunehmen, obwohl er auch einsieht, daß "ein generelles Abstellen auf den Fälligkeitstermin ... allerdings die Grenze zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit verwischen" würde (SAT, S. 205). Darüber hinaus könnte sich bei Vornahme der "Grenzverschiebung" noch ein ungerechtes Ergebnis einstellen, weil der Umfang des Schadensersatzanspruchs aus §§ 307 und 325 ungleich ist, nämlich jeweils die Vertragskosten bzw. das Erfüllungsinteresse darstellt, und weil sich das in den §§ 307 und 325 vorausgesetzte Verschulden auf jeweils Verschiedenes bezieht, einmal auf die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen der Unmöglichkeit und zum anderen auf das Unmöglichwerden (vgl. Oertmann, AcP 140, 146). D.h. der Umfang des Schadensersatzanspruchs wird ungerechtfertigt auf Vertrauensinteresse oder sogar auf nichts herabgesetzt, je nachdem ob den Schuldner nach dem Vertragsabschluß, aber vor dem Fälligkeitstermin nur das Verschulden für Unmöglichwerden oder darüber hinaus noch das Verschulden für Kenntnis bzw. Kennenmüssen der Unmöglichkeit trifft. In beiden Fällen kann der Gläubiger ohne die Verschiebung eigentlich nach § 325 Erfüllungsinteresse verlangen, während er infolge der Verschiebung nach § 307 bloß Vertrauensinteresse beanspruchen könnte und zwar nur in dem zweiten Fall. Das Verschulden des Schuldners an dem Unmöglichwerden allein genügt nicht für den Fall des § 307. Das Verschulden in bezug auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen der Unmöglichkeit ist dabei der Wendepunkt. Jedoch soll vorgeschlagen werden, daß der Fall, in dem den Schuldner das Verschulden an dem Unmöglichwerden trifft, analog § 307 bzw. nach dessen allgemeinen Regel "culpa in contrahendo" behandelt wird.

1) Diese Ersatzpflicht entfällt nach § 307 I 2 schon dann, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß. Dies ist angesichts der Verschuldensvoraussetzung des § 307 noch unsachgerechter als § 122 (vgl. oben § 3 II A 3 b). § 307 I 2 widerspricht § 254, der von den Fällen der culpa in contrahendo gilt. Obwohl § 307 ein im Gesetz geregelter Fall der culpa in contrahendo ist, soll er hinsichtlich des Mitverschuldens nicht bloß aufgrund des "de lege lata" inkongruent

Aus den §§ 280, 325 folgt, daß die nachträgliche Unmöglichkeit und der veschiedene Grad des dabei dem Schuldner anzulastenden Verschuldens den Verfassern des BGB anscheinend keine Schwierigkeit in der Gewährung des Erfüllungsinteresses bereiteten. Weil der zeitliche Unterschied des Unmöglichwerden der einzige Unterschied zwischen nachträglicher und anfänglicher Unmöglichkeit ist, bauten die Verfasser die Regelungen über anfängliche Unmöglichkeit offensichtlich schematisch auf dem Grundsatz auf, demgemäß der Umfang des Schadensersatzanspruchs bei der culpa in contrahendo auf das "negative Interesse" eingeschränkt werden soll. Es ist aber fraglich, ob dieser zeitliche Unterschied so entscheidend ist, um interessengemäß rechtfertigen zu können, daß der Fall der anfänglichen Unmöglichkeit hinsichtlich des Umfangs des Schadensersatzanspruchs dem unähnlichen Fall des § 119[1)] gleich, hingegen dem ebenso ähnlichen Fall der nachträglichen Unmöglichkeit[1)] ungleich behandelt werden soll. Das Zeitmoment "in contrahendo" kann hier m.E. nur bestimmen, daß der Umfang des Schadensersatzanspruchs dabei dynamisch je nach dem Verschuldensgrad und der Entwicklungsstufe der Vertragsverhandlung generell festgestellt werden soll. Jedenfalls sollte der Fall, in dem der eine Teil der Verhandelnden die Unmöglichkeit kennt und trotz deren objektiv Unerkennbarkeit zu Unrecht erwartet, daß der andere sie auch kennt, von der Fallgruppe des § 307 ausgeklammert werden,

---

mit dem ganzen Institut bleiben. Da es hierbei offensichtlich an sonstigen einleuchtenden Gründen fehlt, sollte § 307 I 2 hinter § 254 zurücktreten, um den Wertungswiderspruch innerhalb der culpa in contrahendo zu vermeiden. So auch Rothoeft, System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung, § 17 Anm. 7; a.A. Esser, SAT, S. 206, der das für "de lege lata zweifelhaft" hält.

1) Im Gegensatz zu § 122 setzt § 307 ebenso wie §§ 280, 325 Verschulden voraus.

weil hier der Vertragsinhalt willentlich ausgehandelt ist und das schwerste Verschulden, nämlich Vorsatz, vorliegt[1]. In diesem Fall sollte derjenige, der die Unmöglichkeit kennt, entgegen § 307 auf das Erfüllungsinteresse haften[2].

Die obige Erörterung über anfängliche Unmöglichkeit gilt auch für den Fall, daß ein Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und deshalb gemäß § 134 nichtig ist.

Das gleiche gilt auch von den Fällen des anfänglichen[3] Zweckfortfalls bzw. der anfänglichen Zweckerreichung der typisch zweckgebundenen Verträge analog bzw. unmittelbar je nachdem, ob die auf die Erreichung des Vertragszwecks bezogene Leistung noch erbringbar bleibt (A) oder nicht (B). Denn der Unterschied der beiden Fälle liegt nur darin, daß sich die Leistung und das Objekt, an welchem die Leistung zu erbringen ist (Leistungssubstrat), im Fall (A) "körperlich" nicht so eng wie im Fall (B) aufeinander beziehen. Die Enge dieser Beziehung bedingt ganz allein den Mituntergang der Zweckverfehlung und der Erbringbarkeit, aber nicht den Überblick einer Partei über die Zweckverfehlung, der zunächst für die Feststellung des Verschuldens an der Zweckverfehlung und dann für die des Umfangs des Schadensersatzanspruchs erheblich ist. Der Leistungsschuldner kann im Fall

---

1) Zur Feststellung des Verschuldensgrads s. oben § 3 II A 2a und unten § 4 I B 2.

2) Ähnlich Flume, AT, II S. 533: "Entgegen der Regelung der §§ 307, 309 sollte bei einem Vertrag, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist oder der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, derjenige, der seinen Partner über die Geltung des Vertrages arglistig täuscht, auf das Erfüllungsinteresse haften, ...".

3) Unter "anfänglich" ist hier als "im Laufe der Vertragsverhandlung bis zum Vertragsabschluß erfolgt" zu verstehen.

(B)[1], in dem die Leistung objektiv nicht mehr erbringbar ist, subjektiv genau so fähig und bereit sein, die Leistung zu erbringen, wie ein Schuldner im Fall (A)[2], in dem die Leistung zwar objektiv erbringbar aber vom Vertragszweck her nicht mehr sinnvoll ist. Daher ist kein interessengerechter Grund dafür zu sehen, daß beide Fälle über die Anwendungsweise (analog bzw. unmittelbar) des § 307 hinaus noch unterschiedlich je nach dem "Ob" des Bleibens der Erbringbarkeit behandelt werden sollen[3].

E. Anfängliches Unvermögen (I)

Der Schuldner, der bei Eintritt in die Vertragsverhandlung noch subjektiv zur Leistung fähig war, haftet für das Vertrauensinteresse, wenn ihm nach Aufnahme der Vertragsverhand-

---

1) So etwa das von Esser angeführte Beispiel (Schuldrecht, 2. Aufl. S. 377): Das Kind ist "vor Abschluß des Operationsvertrags zwischen seinem gesetzlichen Vertreter und dem auswärtigen Chirurg bereits verstorben". In diesem Fall "ist die zweckgerichtete Leistungshandlung als 'Handlung' von Anfang an unmöglich".

2) So ein weiteres Beispiel Essers (aaO. S. 377): Der entflogene Vogel ist "vor Aufgabe der Suchanzeige bereits von einer Katze getötet worden". In diesem Fall ist die Leistung der Zeitung (das Erscheinen des Inserats in der bestimmten Art und Größe in der bestimmten Ausgabe) noch erbringbar".

3) Hingegen will Esser im Fall (A) (vgl. oben Anm. 2) dem Leistungsschuldner "den Anspruch auf die Gegenleistung" gewähren (aaO. S. 379), und zwar mit der Begründung: "Normalerweise kann der Leistungsschuldner und Gegenleistungsgläubiger bei ihm möglicher Leistung nicht mit dem Risiko belastet werden, daß der Geschäftszweck bei Vertragsabschluß überhaupt noch erreichbar ist. Mangels besonderer Abreden hat der Leistungsgläubiger, der den zweckgebundenen Vertrag schließt, obwohl es - wie sich gezeigt hat - möglich ist, daß der Geschäftszweck (aber nicht die Leistung des Partners) von Anfang an unerreichbar ist, dieses Risiko zu tragen, selbst wenn er mit der Zweckverfehlung weder rechnete noch rechnen mußte" (aaO. S. 378). Diese Ansicht weist darauf hin, daß der Sphärengedanke im Fall der Zweckverfehlung bei Risikoverteilung herangezogen werden sollte. Konsequenterweise sollte dies aber auch von dem oben genannten Fall (B) gelten.

lung Fahrlässigkeit bezüglich des Eintritts des Unvermögens[1] oder bezüglich seiner Unkenntnis davon vorzuwerfen ist[2].

Das gleiche gilt auch für die Fälle, in denen der Schuldner bei Eintritt in die Vertragsverhandlung fahrlässig daran glaubt, daß er schon die subjektive Möglichkeit besitzt, oder erwartet, daß die Beschaffungsschwierigkeit bzw. Zustimmungsbedürftigkeit nicht verkannt werde. In diesem Fall muß er dann auch noch beweisen, daß sie objektiv erkennbar waren[3].

§ 4 Das Erfüllungsinteresse

I. (Vorsätzlicher) Willensmangel (II)

A. Geheimer Vorbehalt (§ 116)

Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. "Bei geheimem Vorbehalt soll der Erklärungsgegner über das Bestehen eines Vorbehalts getäuscht werden, während bei § 118 der Erklärende davon ausgeht, der Erklärungsgegner werde die Nichternstlichkeit erkennen"[4]. Dies läßt sich auch folgendermaßen umschreiben: Bei jenem besteht ein vorsätzlicher geheimer Vorbehalt, bei diesem ein bewußt fahr-

---

1) Dies kann durch irrtümlichen Verkauf, fahrlässige Vernichtung, fahrlässig ermöglichten Diebstahl des Verhandlungsgegenstands usw. geschehen. Es handelt sich hierbei um die sogenannte Aufbewahrungspflicht. Dazu vgl. unten § 4 V.

2) Larenz behandelt diese beiden Fälle unterschiedlich; bei fahrlässiger Unkenntnis des erfolgten Diebstahls ist der "Vertrauensschaden" zu ersetzen, bei fahrlässiger Ermöglichung des Diebstahls hingegen das "Erfüllungsinteresse" (SAT, S. 87).

3) Zur Begründung der Notwendigkeit dieser objektiven Erkennbarkeit vgl. oben § 3 II A 2 a und unten § 4 I B 2.

4) Soergel-Hefermehl, 3 § 118.

lässiger[1]. Angesichts des tatsächlichen Mangels des Geschäftswillens stellt § 116 eine gesetzliche Fiktion dar[2], die hier eine "verdeckte Verweisung"[3] auf die Rechtsfolge einer wirksamen Willenserklärung ist. Sie setzt eine Erklärung ohne Geschäftswillen einer mit Geschäftswillen gleich. Dies ist somit nicht anders als eine Verschleierung der Durchbrechung des Grundsatzes der Privatautonomie[4], um ein Schadensersatzinstitut z.B. die culpa in contrahendo zu umgehen und den Erfüllungsanspruch anzuerkennen. Diese Gesetzesfiktion ist zwar insofern nötig, als man immer noch aus dem Grundsatz der Privatautonomie folgern will, daß das Rechtsgeschäft die einzige Grundlage zur Erlangung des Erfüllungsinteresses sein kann; man sollte aber versuchen, auch wenn das nicht immer von vornherein möglich ist, rechtzeitig die Erklärung mit geheimem Vorbehalt in ihrem eigentlichen Sinn neu zu begreifen und zu behandeln, vor allem wenn die praktische Grundlage in Lehre und Praxis so ausgereift sein wird, um das gemeinsam mit den in § 4 dieser Arbeit be-

---

1) Zu Unrecht verwendet von Craushaar den Ausdruck "vorsätzlich" offensichtlich als gleich bedeutende mit "bewußt", wenn er sagt: "§ 118 behandelt zwar auch den Fall, daß jemand vorsätzlich (!) eine Willenserklärung abgibt, die er nicht als verbindlich ansieht, aber sein Vorsatz geht nicht auf Vertrauensenttäuschung" (JuS 71, 130 rechts). Ein solcher Sprachgebrauch erschwert, das "bewußte Verschulden" nach den bisherigen Kategorien der Schuldformen in der Weise zu begreifen, nämlich es je nach den konkreten Umständen in den bedingten Vorsatz und in die bewußte Fahrlässigkeit aufzuteilen. Hinsichtlich des bewußten Verschuldens vgl. oben § 3 II A 2 a und unten § 4 I B 2.

2) So auch Enn-Nipperdey, AT, § 153 Fn. 21: "Obwohl das Gesetz in § 116 S. 1 von einer 'Willenserklärung' spricht, liegt in Wahrheit keine echte Willenserklärung vor, weil es dem Erklärenden an dem erforderlichen Geschäftswillen fehlte". A.A. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 420: "... für eine Einordnung der Vorschrift (sc. des § 116) in die Rechtsscheinlehre ist folglich kein Raum, da nicht nur der Schein eines Rechtsgeschäfts, sondern ein 'wirkliches' Rechtsgeschäft vorliegt".

3) Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 200 ff.

4) Vgl. Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, S. 81 ff. Larenz, aaO. S. 201 f.

handelten anderen Fallgruppen mittels induktiver Typisierung vornehmen zu können. Sonst wird man durch einen solchen Notbehelf der Gesetzesfiktion gezwungen, immer mehr Fälle verdrehend einzuordnen. Dies schließt z.B. hier sachwidrig von culpa in contrahendo einen Teil der Fälle aus und behindert deren richtiges Verständnis und Entwicklung. Würde man an der Tatsache festhalten, daß eine Erklärung mit geheimem Vorbehalt keine Willenserklärung ist, könnte man die Funktion des § 116 als bloße Rechtsfolgeverweisung[1] besser begreifen und den Fall des § 116 als Unterfall von culpa in contrahendo anerkennen. Da im Fall des § 116 das schwerste Verschulden "Vorsatz" vorliegt und der Inhalt des Vertrags willentlich ausgehandelt ist, ist die Rechtsfolge des § 116 "Erfüllungsanspruch" jedoch sachgerecht.

B. Arglistige Täuschung

1. Begriff der Arglist in § 123

Obwohl oft angedeutet wird, daß bei Arglist "der Erfolg als solcher beabsichtigt"[2] sei, hat sich dieser Gedanke bei der Regelung der arglistigen Täuschung offenbar nicht durchgesetzt. Denn hier genügt der bedingte Vorsatz[3]. Nicht erforderlich ist auch die Absicht, den anderen zu schädigen oder die Absicht, für sich oder Dritte einen Vermögensvorteil zu erlangen[4].

---

1) Vgl. Larenz, aaO. S. 197 ff.

2) Esser, SAT, S. 240 und Anm. 1. Unter "Erfolg" ist hier "die Abgabe einer Willenserklärung des Getäuschten" zu verstehen.

3) So Lehmann-Hübner, AT, S. 272; Lange, AT, S. 350; Larenz, AT, S. 333; Flume, AT, II S. 542 f; Oertmann, § 123 N. B; 1 b; Staudinger-Coing, 22 § 123; Soergel-Hefermehl, 24 § 123; Palandt-Heinrichs, § 123 N. 2 a.

4) So auch Enn-Nipperdey, AT, § 174 I 2; Larenz, AT, S. 333; Lehmann-Hübner, AT, S. 272; Soergel-Hefermehl, 25 § 123.

Nach dem Ausscheiden des Merkmals der Absicht aus der Arglist wird diese auf "Vorsatz"[1] reduziert, abgesehen von der sich möglicherweise aus dem Sprachgebrauch ergebenden Implikation der "Böswilligkeit". Vermutlich ist es aber gerade diese Implikation, die den BGH die Ansicht vertreten läßt, daß eine Täuschung, die das Beste des anderen Teils will, nicht arglistig sei[2]. Dieser Ansicht ist deswegen nicht zuzustimmen, weil ihre Anwendung einen unüberwindbaren Widerspruch herbeiführt: "War die Täuschung wirklich zum Besten des Getäuschten, so wird er nicht anfechten"[3], oder aber der Täuschende sollte dem anderen "das Beste" nicht aufdrängen, wenn dieser es nicht haben will. Dazu kommt, daß das Recht des Getäuschten, bei der Vertragsschließung über sein eigenes Bestes selbst zu entscheiden, diesem nicht im Widerspruch zum Grundsatz der Privatautonomie durch den einseitig behaupteten guten Willen des Täuschenden genommen werden darf, auch wenn der Wille wirklich gut ist[4]. Es läßt sich somit festzustellen, daß der Begriff der Arglist sich im Fall des § 123 praktisch mit dem Vorsatz deckt.

2. Abgrenzung zwischen bewußter Fahrlässigkeit und (bedingtem) Vorsatz

Die Schuldform des Täuschenden, der den Gegner bewußt durch einen bei diesem erregten Irrtum zur Abgabe einer Willenserklärung veranlasst hat, ist festzustellen mit Rücksicht auf seine Überzeugung, daß seine Täuschung unerheblich[5] bzw. durchschaubar[6] ist.

---

1) Vgl. Esser, SAT, S. 239 ff. (240).

2) BGH LM § 123 Nr. 9; dem folgt Heinrichs (aaO.).

3) Flume, AT, II S. 543; ferner Oertmann aaO.

4) Der gleiche Gedanke liegt den §§ 305, 333 zugrunde; vgl. Larenz, SAT, S. 36.

5) Vgl. Soergel-Hefermehl, 26 § 123.

6) Vgl. Oertmann, § 123 N.B 1 b.

Wenn er seine Überzeugung objektiv einleuchtend begründen kann, wird sein Verhalten trotz der bewußten Täuschung als bewußt fahrlässig bewertet[1].

a. Unerheblichkeit der vorgetäuschten bzw. verschwiegenen Umstände

Es ist zwar gleichgültig, in welcher Beziehung die vorgetäuschten bzw. verschwiegenen Umstände zum Inhalt der Willenserklärung stehen; nicht belanglos ist es dagegen, auch wenn dies im Gesetz nicht ausdrücklich vorausgesetzt ist, ob sie für deren Abgabe erheblich sind. Unter "erheblich" ist hier "im Verkehr als wesentlich" zu verstehen[2]. Die Frage nach der Erheblichkeit ist eine andere als die nach der tatsächlichen Ursächlichkeit. Der Getäuschte genügt jedoch seiner Beweislast für die Ursächlichkeit, "wenn die arglistige Täuschung nach der Lebenserfahrung bei der Art des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts einen Einfluß auf die Entscheidung auszuüben pflegt (Beweis des ersten Anscheins)"[3]. Hier dient die allgemeine Erheblichkeit als Grundlage für die Annahme der konkreten Ursächlichkeit. Obwohl jene nicht unentbehrlich[4] für die konkrete Ursächlichkeit[5] ist, erschwert eine geringere Intensität der Erheblichkeit bis hin zu ihrem Fehlen überhaupt einerseits

---

1) Vgl. oben § 3 II A 2 a.

2) Das Problem der arglistigen Täuschung ist ein Problem des Irrtums, der durch die Täuschung erregt wird. Es ist daher sachgerecht, den dort benutzten Begriff "im Verkehr als wesentlich" (§ 119 II) heranzuziehen, um die zu berücksichtigenden Umstände zu qualifizieren.

3) Rosenberg, Die Beweislast, S. 261; ferner Enn-Nipperdey, § 174 I 3 f; Soergel-Hefermehl, 18 § 123.

4) So Soergel-Hefermehl, 3 § 123: Die vorgetäuschten bzw. verschwiegenen Umstände "müssen nur für (sc.die) Abgabe (sc. der Willenserklärung) bestimmend gewesen sein".

5) Zum ursächlichen Zusammenhang vgl. Soergel-Hefermehl, 15 ff. § 123.

dem Getäuschten den Beweis der Ursächlichkeit, erleichtert aber andererseits dem Täuschenden den Beweis seiner Überzeugung von der konkreten Unerheblichkeit. Wenn es dem Getäuschten nicht gelingt, die Ursächlichkeit zu beweisen, besteht die Täuschung juristisch überhaupt nicht. Wenn es dem Täuschenden gelingt, seine Überzeugung zu begründen, handelte er juristisch nur bewußt fahrlässig.

b. Durchschaubarkeit der Täuschung und Annahme der Kenntnis des Getäuschten von den vorgetäuschten bzw. verschwiegenen Umständen

Die Durchschaubarkeit als eine objektive Beschaffenheit der Täuschung ist nicht subjektiv nach der Annahme (bzw. Überzeugung) des Täuschenden, daß der Getäuschte die Wahrheit kennen würde, sondern objektiv nach den konkreten Umständen festzustellen. Aus der Durchschaubarkeit ergibt sich zwar gleichzeitig wiederum das Problem des Mitverschuldens des Getäuschten in bezug auf sein Kennenmüssen; man darf jedoch nicht übersehen, daß der Verschuldensgrad des Täuschenden nicht wegen des Mitverschuldens des Getäuschten, sondern wegen seiner aufgrund der objektiven Durchschaubarkeit gerechtfertigten Annahme (bzw. Überzeugung) auf bewußte Fahrlässigkeit "herabgesetzt" wird. Für diese Herabsetzung reicht aber die bloße Annahme (bzw. Überzeugung) des Täuschenden nicht aus[1]. Oertmann wollte zwar bei dem irrigen Glauben (hier nämlich Annehmen) die Handlung des Täuschenden auch als "vorsätzlich" bewerten, er meint aber, daß dieser dennoch dem Vorwurf der Arglist nicht unterworfen wäre, weil "der Begriff 'arglistig' enger als 'vorsätzlich' " sei[2]. Daß ein Grund hierfür nicht gefunden werden kann, hat die vorstehende Analyse gezeigt[3].

---

1) Vgl. oben § 3 II A 2 a.

2) Oertmann, § 123 N.B. 1 b.

3) Vgl. oben § 4 I B 1.

3. Rechtsfolge

Formelhaft schränkt man den Schadensersatzanspruch aus arglistiger Täuschung oft auf das "Vertrauensinteresse" ein[1]. Diese Ansicht stellt wohl die h.M. dar; ihr ist jedoch nicht zuzustimmen, zumal sie dem Rechtsgedanken des § 116 S. 1 widerspricht und zugleich die dynamischen Eigenschaften des werdenden Rechtsverhältnisses vernachlässigt.

Abgesehen davon, daß es bei den vorgetäuschten bzw. verschwiegenen Umständen im Gegensatz zu dem in § 116 geregelten Vorbehalt nicht um den Inhalt der Willenserklärung gehen muß, ist die Regelung über arglistige Täuschung (§ 123) wohl nur die Kehrseite des § 116. Ein vorsätzlicher Vorbehalt ist für den Erklärungsgegner eine arglistige Täuschung; eine arglistige Täuschung ist für den Erklärenden insofern ein vorsätzlicher Vorbehalt, als die Herbeiführung der vorgetäuschten Umstände in seinem Einflußbereich liegt. Der Erklärende wollte in beiden Fälle gleicherweise dem Erklärten nicht nachkommen. Daher würde auch im Fall des § 116 gelten, was man in bezug auf § 123 behauptet hat, nämlich daß ohne Vorbehalt (bzw. ohne Täuschung) "der Erklärende das Geschäft überhaupt nicht oder doch nicht so abgeschlossen haben (sc. würde); folglich kann er regelmäßig nur den Vertrauensschaden (das negative Interesse) geltend machen, nicht aber den Nichterfüllungsschaden"[2]. Richtigerweise ist dieser Gedanke in § 116 nicht zum Tragen gekommen. Hinsichtlich der Differenzierung des Umfangs des Schadensersatzanspruchs entsteht infolgedessen ein Wertungswiderspruch zwischen § 116 und der von der h.M. empfohlenen und praktisch durchgesetzten Regelung über die arglistige Täuschung. Weil sich ein (vernünftiger) Grund für diese Differenzierung nicht finden läßt und weil die Regelung über die arglistige Täuschung im Gegensatz zu § 116 die dynamischen Faktoren des werdenden Rechtsverhältnisses, nämlich die der Entwicklungs-

---

1) So Enn-Nipperdey, AT, § 176 I 1; Larenz, AT, S. 337; Lehmann-Hübner, AT, S. 276.

2) Lehmann-Hübner, AT, S. 276; ferner Enn-Nipperdey, S. 1073 Anm. 4.

stufe der Vertragsverhandlung (genauer gesagt, des Ausgehandeltwerden des Vertragsinhalts) und des Verschuldensgrads (genauer gesagt, des Vorsatzes bzw. der Arglist) vernachlässigt, ist die bisherige Praxis in den Fällen der arglistigen Täuschung hinsichtlich des Umfangs des Schadensersatzanspruchs aufgrund des Willkürverbots[1] abzulehnen. Dem Rechtsgedanken des § 116 entsprechend sollte auch hier die Haftung auf das Erfüllungsinteresse angenommen werden wie in all jenen Fällen, in denen bei einem Vertrag der eine den anderen arglistig über die Geltung des Vertrags täuscht[2].

Sähe man § 116 S. 1 und § 123 als eine Einheit an, würde man in ihnen die gleiche "Entweder-oder-Formel" zwischen der Anfechtung und dem Nichterfüllungsschaden feststellen können, die die Verfasser des BGB auch in § 463 herangezogen haben. Nach § 463 kann der Käufer auch dann nicht den Nichterfüllungsschaden verlangen, wenn er die Wandelung vornimmt. Diese Formel, ein Produkt der erstarrten Begriffsjurisprudenz, entspricht hier nicht der Interessenlage. Sie zwingt praktisch den Getäuschten, entweder die Täuschung hinzunehmen oder sich in den ursprünglichen Zustand vor der Vertragsverhandlung zurückversetzen zu lassen, obwohl all dies schlicht von dem Täuschenden vorsätzlich herbeigeführt wurde und deshalb das Vertrauen des Getäuschten in diesen beeinträchtigt bzw. verloren gegangen ist. Die Unangemessenheit der Ergebnisse dieser Formel hat die Praxis bemerkt[3] und im Fall des § 463 dem Käufer erlaubt, "ohne Nachweis eines fehlenden Interesses den Kauf als gänzlich unerfüllt zu behandeln, also die Annahme oder das Behalten der Kaufsache abzulehnen und den ihm durch die Nichterfüllung des Vertrages

---

1) Zum Willkürverbot bei der "Gesetzgebung" vgl. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, § 6 I 4.

2) So wollte von Craushaar im Fall der vorsätzlichen Vertrauensstörung dem Vertrauenden einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse analog §§ 116 S. 1 und 179 I gewähren (JuS 71, 127 ff.). Ähnlich Flume, AT, II S. 533, der aber offensichtlich diese sog. "verschärfte" Haftung aus § 463 S. 2 ableiten wollte. Weil § 463 S. 2 gewissermaßen lex specialis im Verhältnis zu § 116 S. 1 ist, ist dieser geeigneter denn jener, als Grundlage für die Rechtsfindung zu dienen, wenn auch jener diesem insofern überlegen ist, als seine Rechtsnatur als Schadensersatzhaftung im Gegensatz zu diesem unumstritten ist.

3) Vgl. BGHZ 29, 148 (151).

schlechthin erwachsenen positiven Schaden zu berechnen"[1]. Man sieht hierbei wohl die Rückgabe der Kaufsache immer noch gern als "eine Maßnahme der Schadensabwälzung"[2] und nicht als Wandelung an, widerlegt jedoch dadurch diese Formel. Demnach hängt der Umfang des zu ersetzenden Schadens bei beharrlichem Festhalten an dieser Formel nur von der Rechtskenntnis des Käufers und nicht von dem Sachverhalt ab. Dies ist selbstverständlich ungerecht. Konsequenterweise müßte die "Entweder-oder-Formel" einer"Sowohl-als-auch-Formel" weichen, die angesichts der Entwicklungsstufe der Vertragsverhandlung und des Verschuldensgrades im Fall des § 463 allein interessengemäß ist. Dieses Ergebnis gilt auch für die Einheit von § 116 S. 1 und § 123.

II. Scheitern der Vertragsverhandlung

A. Die Ablehnung des Vertragsabschlusses ohne triftigen Grund

Entscheiden die Verhandelnden sich dafür, daß der Vertragsabschluß einer Abschlußerklärung[3] bedarf, kommt der Vertrag erst dann zustande, wenn die Abschlußerklärung erfolgt ist und nicht schon dann, wenn die Verhandelnden sich über den Inhalt des Vertragswerks völlig geeinigt haben. Die Verhandelnden haben auch grundsätzlich keine Pflicht, die Abschlußerklärung wegen der vollständigen Einigung über den Inhalt des

---

1) Esser, SBT, S. 47; so auch Heck, Grundriß des Schuldrechts, S. 273; Soergel-Ballerstedt, 11 § 463; Palandt-Putzo, § 463 N. 4a. A.A. Staudinger-Ostler, 19 § 463.

2) Esser, SBT, S. 47.

3) Die Notwendigkeit einer Abschlußerklärung ist gewissermaßen die Notwendigkeit einer "Form", wenn auch das Vornehmen der Abschlußerklärung nicht irgendeiner Form in Sinne des § 125 bedarf. Obwohl solche Fälle deshalb sachgerecht weitgehend gleich zu behandeln sind, tritt das Problem des "Formzwecks" im Fall der Notwendigkeit der Abschlußerklärung in den Hintergrund.

Vertrages vorzunehmen. Die Vereinbarung der Notwendigkeit einer Abschlußerklärung hat bloß den Sinn, daß die Verhandelnden nach erfolgtem Aushandeln des Vertragsinhalts sich das "Ob" des Vertragsabschlusses noch vorbehalten[1] wollen. Die Frage geht hier deshalb nur noch darum, ob unter Umständen ein Verhandelnder, der den Vertragsabschluß ablehnt, dem anderen zum Schadensersatz verpflichtet sein kann. Solche Umstände werden in der Rechtssprechung wie folgt beschrieben: "Ein Verhandlungspartner kann unter Umständen zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet sein, wenn er sich mit der Gegenseite über den Inhalt eines noch abzuschließenden Vertragswerkes einig geworden ist, später aber den Vertragsabschluß ohne triftigen Grund ablehnt, obwohl er sich vorher so verhalten hat, daß der andere Teil berechtigterweise auf das Zustandekommen des Vertrages vertraut und deswegen wirtschaftliche Nachteile auf sich genommen hat"[2]. Zu Unrecht sieht der BGH[3] diesen Fall als ähnlich dem des Irrtums (§§ 119, 122) an. Hier liegt der Haftungsgrund darin, daß der eine Teil das von ihm erregte Vertrauen des anderen Teils ohne triftigen Grund enttäuscht, während dort der Haftungsgrund darin liegt, daß der Irrende das von ihm geweckte Vertrauen des anderen Teils mit triftigen Grund[4] enttäuscht. Wer trotz des vereinbarten Vorbehalts der Not-

---

1) Eine nachträgliche ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung kann diesen Vorbehalt aufheben. Wenn dies geschieht, fällt das Problem in die Fallgruppedes Vertragsabschlusses ohne notwendige Abschlußerklärung, vgl. oben § 3 I B.

2) BGH MDR 69, 641. Zu dieser Entscheidung von Craushaar, Haftung aus culpa in contrahendo wegen Ablehnung des Vertragsabschlusses - BGH LM § 276 (Fa) BGB Nr. 28, JuS 71, 127 ff. Diese Ansicht wurde auch in folgenden Entscheidungen geteilt: BGH BB 60, 1366 = MDR 61, 49; Hans OLG Hamburg MDR 61, 54; BGH BB 67, 979 = MDR 67, 913 = JR 68, 98; BGH BB 70, 1024 = MDR 70, 831 = NJW 70, 1840; LG Mannheim MDR 71, 49.

3) BGH MDR 69, 642.

4) Die in den §§ 118, 119, 123 aufgestellten Fälle sind als triftige Gründe anzusehen.

wendigkeit einer Abschlußerklärung bei dem anderen Teil das Vertrauen auf seine Bereitschaft weckt, den Vertrag mit Sicherheit abzuschließen und dies später ohne triftigen Grund ablehnt, ist daher analog § 116 S. 1 zum Ersatz des Erfüllungsinteresses verpflichtet. Denn der vorsätzliche geheime Vorbehalt bei der hier erklärten Abschlußbereitschaft ist dem bei der dortigen Abschlußerklärung ähnlich[1]. Der Ansicht der oben zitierten Rechtsprechung ist somit nicht zuzustimmen.

III. Stellvertretung (II)

A. Haftung des Vertretenen

1. Externe Bevollmächtigung und §§ 171, 172

Nur der Vollmachtgeber und der Vollmachtnehmer sind die Parteien des Vertretungsverhältnisses. Der Geschäftsgegner ist hingegen nicht Partei sondern nur Betroffener. Dieser Unterschied wird durch die Anerkennung der externen Bevollmächtigung verwässert. Danach kann der Vollmachtgeber unmittelbar gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll, die Vollmacht erteilen ohne Teilnahme des zu Bevollmächtigenden und ohne die Voraussetzung, daß eine interne Bevollmächtigung vorher erteilt wurde. Der

---

1) Ähnlich von Craushaar, aaO. JuS 71, 130 rechts. Es ist jedoch nicht nötig, den Maßstab für die Feststellung des Umfangs des Schadensersatzanspruchs von dem Verschuldensgrad des Vertrauenserweckenden auf das "Verständnis" des Vertrauenden für einen möglicherweise unterlaufenden Irrtum (sog. "Verständnisprüfung") zu verschieben. Denn eine solche Verständnisprüfung bringt gegenüber dem richtigen Grundansatz der Abhängigkeit des Schadensersatzumfangs (nämlich Erfüllungs- oder Vertrauensinteresse) von dem Verschuldensgrad nichts Neues.

Urgrund der Nichtübereinstimmung[1] der Innen- und Außenvollmacht bei deren Erteilung liegt daher schon in § 167 I, und nicht erst in §§ 171 f. Wenn die externe Bevollmächtigung gemäß § 167 I überhaupt als Mittel zum Erteilen der Vollmacht anerkannt werden sollte, so müssen auch die §§ 171 f. als solche anerkannt werden. Will man bei den §§ 171 f. vom Rechtsschein sprechen, so gilt dies auch hinsichtlich der Außenvollmacht für § 167 I. Ein Unterschied hinsichtlich der potentiellen Nichtübereinstimmung zwischen der Innen- und Außenvollmacht ist in § 167 I und den §§ 171 f. nicht zu erkennen. Dazu kommt, daß die §§ 171 f. auch nicht nur für den Fall, daß Innen- und Außenvollmacht nicht übereinstimmen, sondern auch für den Fall, daß beide übereinstimmen, vorgesehen sind[2]. Mit Recht sagt Flume: "Man sollte hiernach betreffs der Bevollmächtigung nach §§ 171, 172 nicht mehr von einer solchen kraft 'Rechtsscheins' sprechen"[3]. Die Kundgabe nach § 171 und die Bevollmächtigung durch Vollmachtsurkunde sind "ebenso eine Willenserklärung wie die Vollmachtserteilung nach § 167"[4]. Hinsichtlich

---

1) Frotz spricht hier von "Unrichtigkeit" (vgl. Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, S. 286, 288, 304). Dies ist m.E. mit Rücksicht auf die Anerkennung der externen Bevollmächtigung unangebracht. Denn demnach verdient die "Nichtübereinstimmung" der Innen- und Außenvollmacht bei deren Erteilung noch nicht ohne weiteres die negative Beurteilung "Unrichtigkeit".

2) Ein solcher Zustand stimmt zwar nicht mit der Rechtsscheinlehre überein, passt aber gut zu der Rechtsgeschäftslehre. Denn die Fälle der Nichtübereinstimmung sind gerade diejenigen, welche die Vorschriften über Willensmangel regeln sollen.

3) Flume, AT, II. S. 828. Gegen die Rechtsscheinlehre Flume, AT, II. § 49 2 c.

4) Flume, AT, II. S. 826; Ähnlich Frotz, aaO. S. 266: "Die Kundgabe einer Innenvollmacht kann als nach allgemeinen Grundsätzen nicht ausgeschlossene Vollmachtserteilung durch Erklärung an den Dritten gewertet werden"; vgl. noch ders., S. 287 f.

des Charakters der Vollmachtserteilung nach § 171 ist jedoch Larenz anderer Ansicht[1]. Er meint, die besondere Mitteilung oder die öffentliche Bekanntmachung sei nicht dazu bestimmt, eine Vollmacht in Geltung zu setzen, sondern nur, ihr Bestehen mitzuteilen. Dies ist unhaltbar, weil man nicht sagen darf: Der Erklärende hat keinen Willen, die Vollmacht gegenüber dem Erklärungsempfänger zu erteilen, wenn die Innenvollmacht tatsächlich besteht. Das Risiko des Bestehens der Innenvollmacht ist jedoch nicht von diesem zu tragen[2]. An einem Geschäftswillen fehlt es dem Vollmachtgeber im Fall der §§ 171 f. nicht. Es ist nicht sachgerecht den Unterschied, "ob jemand erklärt, er erteile Vollmacht oder er habe Vollmacht erteilt"[3], begriffsjuristisch überzubetonen und dann zunächst die Erklärung nach den §§ 171 I, 172 I für eine "Wissenserklärung"[4] zu halten und sodann eine Kette von Paragraphen über Willenserklärungen (nämlich die über Willensmängel) darauf entsprechend anzuwenden[4].

---

1) Larenz, AT. S. 505, ausführlich Canaris, Vertrauenshaftung § 5 I (S. 32 ff.). Sie meinen, die Vollmachtserteilung nach den §§ 171, 172 sei Rechtsschein. Trotzdem sind sie der Ansicht, die Vorschriften über Willensmängel seien nicht ohne weiteres unanwendbar, zwar gelten diese nicht unmittelbar, doch bleibe die Möglichkeit einer Analogie unberührt. Im Fall der öffentlichen Bekanntmachung treten Larenz und Canaris für den Ausschluß jeder Anfechtungsmöglichkeit ein (Canaris, aaO. S. 37 f, Larenz, AT. S. 506). Dem ist zuzustimmen. Jedoch ist die Erwägung des Ausschlusses jeder Anfechtungsmöglichkeit im Fall der öffentlichen Bekanntmachung deswegen anzustellen, weil sie als solche eines stärkeren Verkehrsschutzes bedarf, und nicht weil sie ein Fall des Rechtsscheins wäre.

2) Vgl. Frotz, aaO. S. 300 ff.

3) Flume, AT, II. S. 826.

4) So Medicus, Bürgerliches Recht, S. 39; Larenz AT. S. 505 f.; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 35 ff.

Dazu kommt: Wenn die §§ 171 I, 172 I ausdrückliche Regelungen über Rechtsscheinhaftung wären, könnte sie nur der Geschäftsgegner nach seinem willkürlichen Kalkül heranziehen. Diese Ansicht widerspricht dem Abstraktonsprinzip, dem das BGB hier folgt, und nach dem es für die Erteilung der "Außenvollmacht" gleichgültig ist, ob eine Innenvollmacht besteht. Die §§ 171 I, 172 I können daher auch zugunsten des "Vollmachtgebers" gelten, d.h., daß der Geschäftsgegner nicht nach eigenem willkürlichen Kalkül das Widerrufsrecht nach § 178 dadurch geltend machen darf, daß er auf die Durchsetzung der "Rechtsscheinhaftung des Vollmachtgebers" verzichtet, wenn sich herausstellt, daß das Geschäft für ihn nicht günstig ist.

Die Kundgabe einer Innenvollmacht nach § 171 I hebt sich von der Vollmachtsbehauptung dadurch ab, daß diese vom Bevollmächtigten aufgestellt wird, jene durch den Vollmachtgeber geschieht. Die Willensmängel der ursprünglichen internen Bevollmächtigung, werden somit nicht im Fall des § 171[1], sondern im Fall der Vollmachtsbehauptung berücksichtigt[2]. Die Aushändigung einer Vollmachtsurkunde nach § 172 I ist in diesem Bezug auch der besonderen Vollmachtserteilung im Sinne von § 171 I gleichzusetzen.

Der Nachteil der Nichtübereinstimmung von Innen- und Außenvollmacht für den Geschäftsgegner kommt nicht erst nach dem Abschluß des Vertretergeschäfts zum Tragen. Der Vollmachtgeber kann sich jedoch vor dem Abschluß von seiner Haftung mit dem Beweis befreien, daß die Verhandlung sowieso an irgendeinem anderen Grund als dem des Willensmangels der Bevollmächtigung scheitern würde. Von praktischer Bedeutung sind daher nur die Fälle, in denen ein Vertretergeschäft abgeschlossen worden ist.

---

1) So Flume, AT. II. S. 826. Bei einer vom Vollmachtgeber selbst erteilten externen Vollmacht wird selbstverständlich nur ein solcher Willensmangel berücksichtigt, der zwischen dem Vollmachtgeber und dem Geschäftsgegner bei der Erteilung bestanden hat. So auch Canaris, Vertrauenshaftung, S. 37 f., trotz verschiedenen Ausgangspunkts, nämlich der Rechtsscheinhaftung.

2) Vgl. oben § 3 II B 1 a.

Der Umfang des zu ersetzenden Schadens ist je nach der Art des Willensmangels[1] zu bestimmen. Dieser Problemkreis wird ausführlicher im entsprechenden Teil dieser Arbeit über die Willensmängel behandelt. Der Vollmachtgeber haftet jedoch für Erfüllungsinteresse, wenn er keinen unbewußten Willensmangel beweisen kann oder wenn die Nichtübereinstimmung zwischen Innen- und Außenvollmacht durch die Unterlassung der Mitteilung von deren Erlöschen herbeigeführt wird. Der Grund dieser Haftung für das Erfüllungsinteresse liegt darin, daß der Vollmachtgeber einen Willensmangel "bewußt", genauer gesagt - um es mit dem Rechtsgedanken im § 118 abzustimmen - "vorsätzlich" herbeigeführt hat, oder eine "bewußt" erteilte willensmangelfreie Vollmacht ohne Anzeige gegenüber dem Geschäftsgegner widerrufen hat[2]. Die Kenntnis der Erteilung macht das Unterlassen der Anzeige des Widerrufs der Vollmacht nicht entschuldbar. Die hierher gehörenden Fälle[3] unterstehen deswegen der culpa in contrahendo. Jedoch fragt sich, ob die gegenüber dem Geschäftsgegner erteilte Vollmacht ohne Anzeige von deren Erlöschen ihm gegenüber überhaupt erlöschen kann. Die Bejahung dieser Frage stimmt offensichtlich nicht mit dem § 167 I überein, da § 167 I dem Abstraktionsprinzip folgt, während die §§ 168, 170, 171 II, 172 II offensichtlich dem Mandatsprinzip folgen mit der Modifikation, daß die Vollmacht nach § 173 und den §§ 170 ff. zugunsten eines gutgläubigen Dritten kraft Fiktion bestehen bleibt[4]. Hier zeigt sich wiederum eine gesetzgeberische

---

1) Vgl. oben § 3 II B 1 a.

2) Dies ist nach dem Rechtsgedanken der §§ 116, 463, 179 I, zu bejahen.

3) Zu dieser Fallgruppe gehören natürlich nicht auch die Fälle, in denen Innen- und Außenvollmacht übereinstimmen.

4) Vgl. Peter Jürgen Gotthardt, Der Vertrauensschutz bei der Anscheinsvollmacht im deutschen und im französischen Recht, 1970, S. 21, 23, 31 f.; Frotz, aaO. S. 328 ff. (333ff.).

Willkür. Weil der Vollmachtgeber nach der Erteilung der Innenvollmacht sie grundsätzlich zu jeder Zeit widerrufen kann, abgesehen von der möglichen Beschränkung nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft, ist das Abstraktionsprinzip im § 167 I praktisch ersetzt durch das Mandatsprinzip in Verbindung mit der obigen Modifikation bzw. in Verbindung mit dem Einwendungsausschluß[1] wegen Arglist des Vollmachtgebers[2]. Hält man an dem Abstraktionsprinzip konsequent fest, so sollte man in den §§ 168, 170, 173 nicht von dem Erlöschen der Vollmacht als solche sondern von dem der I n n e n v o l l m a c h t sprechen und das Problem der Nichtübereinstimmung von Innen- und Außenvollmacht nach dem Abstraktionsprinzip in Verbindung mit der Einwendung wegen Bösgläubigkeit des Dritten lösen. Dieser Gedanke wird trotz der Rede von dem Erlöschen der Vollmacht von dem § 173 berücksichtigt. Das ist deswegen möglich, weil hier anhand der Fiktion des Bestehnbleibens der Vollmacht im Ergebnis wieder vom Mandatsprinzip zum Abstraktionsprinzip zurückgekehrt wird. Die Durchsetzung dieses Gedankens sollte aber mit dem Rechtsgedanken des Mitverschuldens bzw. Mitverursachens (§ 254) abgestimmt werden. Wenn man jedoch auf die Übereinstimmung von Innen- und Außenvollmacht Rücksicht nehmen wollte, dann muß man zugeben, daß § 167 I hinsichtlich der externen Bevollmächtigung eine Fehlregelung darstellt. Die externe Bevollmächtigung muß m.E. unter dem Gesichtspunkt der Haftungslehre und nicht der Rechtsgeschäftslehre geregelt werden, weil die Auferlegung einer Haftung in

---

1) Hinsichtlich des Einwendungsausschlusses kraft Rechtsscheins nach den §§ 171 I, 172 I (in bezug auf die Erteilung und nicht auf das Erlöschen der Vollmacht) vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, § 10 I.

2) Nach dem Mandatsprinzip entfällt die Vollmacht, wenn die Innenvollmacht erloschen ist. Die Fiktion von deren Bestehenbleiben ist daher ein Einwendungsausschluß auf der Seite des Vollmachtgebers. Dieser verhält sich deswegen arglistig, weil er dem Geschäftspartner das Erlöschen nicht anzeigt, obwohl er wußte, daß der Partner deswegen dazu veranlaßt bleibt, mit seinem Vertreter den rechtsgeschäftlichen Verkehr aufrecht zu erhalten.

einem solchen Fall viel geeigneter ist, die gewollte Sanktion zu gewähren, als die Fiktion des Vorhandenseins eines wirksamen Rechtsgeschäfts[1]. Die Rechtsscheinhaftung ist zwar eine Widerspiegelung dieses Gedankens. Ihr ist jedoch zum einen angesichts der Anerkennung der externen Bevollmächtigung durch das BGB nicht zuzustimmen, zum anderen wird sie verdrängt durch das Institut der culpa in contrahendo in den Fällen, in denen es die Merkmale "culpa" und "in contrahendo" gibt, weil dieses hier offensichtlich lex specialis im Verhältnis zur Rechtsscheinhaftung ist.

2. Geheimer Vorbehalt bei der Duldungsvollmacht

Von einer Duldungsvollmacht spricht man im Anschluß an die Rechtsprechung des BGH dann, "Wenn der Vertretene das ihm bekannte Verhalten des Vertreters duldet und diese Duldung vom Geschäftsgegner nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahin gedeutet werden darf, daß der Vertreter vom Vertretenen Vollmacht, für ihn zu handeln, erhalten hat"[2]. Die Duldungsvollmacht ist angesichts der Anerkennung der stillschweigenden Willenserklärung durch das BGB hier als eine stillschweigend "rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsvollmacht"[3] zu erachten. Ein Unterschied zwi-

---

1) Die Durchsetzung dieses Gedankens ist natürlich erst dann vorstellbar, wenn die Theorien voll entwickelt sind, daß auch ohne wirksames Rechtsgeschäft das Erfüllungsinteresse gewährt werden kann. Diese Arbeit widmet sich dem Aufbau einer solchen Theorie. Ähnliche Bemühungen finden sich von der Haftungslehre her bei Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, und von der Rechtsgeschäftslehre her bei Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes.

2) BGH MDR 53, 345.

3) Flume, AT, II. S. 828. So auch Enn-Nipperdey, AT 1131 f; Lehmann-Hübner, AT, S. 318; BGH MDR 53, 345; JW 1927, 1249. Ferner vgl. Hübner, Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 1965, I. S. 384, Soergel-Schultze = v. Lasaulx 17 ff. § 167; Staudinger-Weber, A 203 § 242. A.A. (Rechtsscheinhaftung) vgl. Larenz, AT, S. 507, Canaris Vertrauenshaftung, § 5 II, III.

schen der "stillschweigenden Vollmacht" und der "Duldungsvollmacht" ist nicht zu erkennen. Unter Heranziehung der Rechtsprechung des BGH betont hingegen Schultze = v. Lasaulx zuerst den "theoretischen" Unterschied zwischen stillschweigender Vollmacht und Duldungsvollmacht: Bei jener setzt man "die Feststellung des Erklärungswillens des Vollmachtgebers"[1] voraus und sieht zwar "in Bekundung nach außen, in der Einräumung einer äußeren Stellung eines Bevollmächtigten oder im bewußten Dulden des Handelns des 'Vertreters' im Wege der Auslegung (§§ 133, 157) den Willen, Vollmacht zu erteilen"[2], während bei dieser man keinen "auf Bevollmächtigung gerichteten Geschäftswillen" voraussetzt, sondern daß der Geschäftsherr das ihm bekannte Verhalten des Vertreters duldet und "der Geschäftspartner das Dulden des Geschäftsherrn nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte derart auffassen durfte, daß der Geschäftsherr dem Handelnden Vollmacht erteilt habe"[3]. Dann aber meint Schulze = v. Lasaulx, daß die glattere und sachgerechtere Lösung die Begründung aus der Rechtsscheinlehre biete[4]. Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen, weil nach der obigen Darstellung der Vorgang der Schlußfolgerung bei der Duldungsvollmacht der gleiche ist, wie derjenige bei der stillschweigenden Vollmacht. Die Ausschaltung der Voraussetzung des Geschäftswillens bei der Duldungsvollmacht ist nur ein kategorialer Trick, der der von ihr betonten Voraussetzung widerspricht, daß "... der Geschäftspartner das Dulden des Geschäftsherrn nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte derart auf-

---

1) Soergel-Schultze = v. Lasaulx, 17 § 167.

2) aaO. 21 § 167.

3) aaO. 17 § 167.

4) So auch Enn-Nipperdey, AT § 184 II 2 a.

fassen durfte, daß der Geschäftsherr dem Handelnden Vollmacht erteilt habe"[1]. Es ist nicht verwunderlich, daß Schultze = v. Lasaulx kein einziges konkretes Beispiel bietet, sei es auch nur ein gedachtes, in dem eine Duldungsvollmacht nach seiner Definition auftritt. Er gibt dies auch selbst in einer Bemerkung über die Duldungsmacht zu, indem er sagt: "... bezeichnenderweise hat sie (sc. die Gruppe der Duldungsvollmacht) bisher zu keiner Entscheidung geführt, die nicht einer der anderen beiden Fallgruppen (sc. der stillschweigenden Vollmacht oder der Anscheinsvollmacht) eingeordnet werden könnte"[2]. Der von ihm gemeinte Fall des Fehlens des Geschäftswillens ist jedoch unter dem Gesichtspunkt der Mentalreservation (§ 116) zu behandeln[3]. Solche Fälle sind gerade die hier gemeinten, die zur culpa in contrahendo gehören, bei denen der Geschäftsgegner das Erfüllungsinteresse verlangen kann. Sonstige Willensmängel sollen ihrer Art entsprechend eingeordnet[4] und behandelt[5] werden.

---

1) Soergel-Schultze = v. Lasaulx, 17 § 167.

2) aaO. 20 § 167.

3) Vgl. Enn-Nipperdey, AT, S. 944 f. (945): "War nur das Erklärungsbewußtsein vorhanden, so ist eine gleichwohl gegebene entgegengesetzte Absicht als geheimer Vorbehalt bedeutungslos, sofern sie nicht dem Erklärungsgegner bekannt war". Zu dem Problem des rechtlichen Charakters der Duldungsvollmacht überhaupt, nämlich ob es sich bei dieser um ein Rechtsgeschäft oder um eine Haftung wegen des Rechtsscheins handelt, ist auf die in oben § 4 III A 1 vorgenommenen Ausführungen hinzuweisen.

4) Es ist daher nicht richtig, alle möglichen Fälle der Duldungsvollmacht ohne Unterschied nur als eine Unterfallgruppe des Erfüllungsinteresses anzusehen (vgl. oben § 3 II B 1 b). Die hier behandelte Fallgruppe kann man als "geheimen Vorbehalt bei der Duldungsvollmacht" bezeichnen. Der Ausdruck "Duldungsvollmacht" ist für die "willensmangelfreie" Duldungsvollmacht vorbehalten.

5) Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, § 5 II 3.

Da der "Vertretene" das Verhalten des "Vertreters" kennt, liegt hier kein Bedeutungsirrtum vor; und da die "logische"[1] Beziehung zwischen der Duldung des Vertretenen und der Schlußfolgerung der Vollmachtserteilung so eindeutig ist, kann ein vorgeblicher Schlüssigkeitsirrtum nicht in Betracht kommen[2].

Die Frage, ob eine Duldungsvollmacht eine Innen- oder eine Außenvollmacht ist, kann nicht schematisch einheitlich bestimmt werden, sondern es ist im konkreten Fall je nachdem festzustellen, wer (der "Vertreter" oder/und der Dritte) in der Reichweite der Duldung des "Vertretenen" steht. Zu Unrecht sieht Canarisdie entscheidende Schwäche der Rechtsgeschäfts-

---

1) Die Beziehung zwischen dem Verhalten und seinem Sinn als Erklärung ist aus dem Zusammenhang mit den Begleitumständen "logisch" bzw. "teleologisch" auslegend festzustellen. Je stärker diese Feststellung eines Einsatzes des teleologischen Faktors bedarf, desto schwächer stellt sich die objektive Eindeutigkeit dieser Beziehung dar. Wenn diese Beziehung nicht mehr für objektiv eindeutig gehalten werden kann, aber trotzdem teleologisch als eine bestimmte bewertet werden soll, kann der Schlüssigkeitsirrtum insoweit unberücksichtigt bleiben, als die induktive Typisierung der Fälle es indiziert. So etwa Canaris, Vertrauenshaftung, § 5 II 3, § 20 (S. 227, 231f),Larenz, AT. § 28 II (sozialtypisches Verhalten), Soergel-Hefermehl, 42 vor § 116. A.A. etwa Sonnenberger, Verkehrssitten im Schuldvertrag, 1969 S. 145, 150. Eine globale einheitliche Behandlung (z.B. Siebert-Knopp, 88 § 157) kann diesem Problem nicht gerecht werden. Jedoch bedeutet "typisch" nicht "eindeutig" hinsichtlich des Sinnes eines Verhaltens. Die induktive Typisierung dient daher hierbei zur Verfestigung der "teleologischen" Beziehung eines Verhaltens und dessen Sinnes als Erklärung. Bevor diese Beziehung so typisch und somit eindeutig geworden ist, besitzt das Verhalten keinen einwandfreien rechtsgeschäftlichen Charakter (vgl. Siebert-Knopp 13, 17, 20, 30 § 157).

2) So auch Canaris, aaO. S. 43 f.: Die Berufung auf einen Irrtum über die Konkludenz bei einer Willenserklärung ist dann ausgeschlossen, "wenn die Bedeutung des Verhaltens evident ist, der Geschäftsherr vor ihr geradezu die 'Augen verschlossen' hat".

theorie darin, daß dabei bezeichnenderweise regelmäßig nicht gesagt werde, ob eine Innen- oder eine Außenvollmacht anzunehmen sei[1].

3. Anscheinsvollmacht

Eine Anscheinsvollmacht entsteht nach der Ansicht des BGH dann, wenn der "Vertretene" zwar nicht weiß, daß ein anderer für ihn als "Vertreter" agiert, er dies aber "bei pflichtmäßiger Sorgfalt hätte kennen und verhindern können und der Geschäftsgegner das Verhalten des Vertreters nach Treu und Glauben dahin auffassen durfte, daß es dem Vertretenen bei verkehrsmäßiger Sorgfalt nicht habe verborgen bleiben können und daß dieser es also dulde"[2]. Sie beruht im Gegensatz zur Duldungsvollmacht, die aus bewußter Duldung entsteht, auf unbewußt fahrlässiger "Duldung"[3].

Die h.M. behandelt die Anscheinsvollmacht wie die Duldungsvollmacht und kommt über die Rechtsscheinhaftung zu einem Erfüllungsanspruch bzw. einem Erfüllungsinteresse gegen den "Vertretenen"[4]. Hinsichtlich des Umfangs des Schadensersatzanspruchs ist der h.M. zwar beizupflichten, aber deren Begründung ist abzulehnen. Denn diese erweist sich nur als eine Reduzierung des Tatbestandes der Anscheinsvollmacht auf die Rechtsscheinhaftung. Der Tatbestand der Anscheinsvollmacht ist soweit reduziert, daß er erst nach

---

1) Canaris, aaO. S. 40.

2) BGH MDR 53, 345.

3) Vgl. Medicus, Bürgerliches Recht, § 5 III 3; Flume, AT, II. S. 834.

4) So Medicus, aaO. S. 39; Enn-Nipperdey, AT, § 184 II 3 c; Lehmann-Hübner, AT, S. 320; Lange, AT, § 46 V 5 a; Staudinger-Coing, 9 § 167; Staudinger-Weber, A 203 ff. § 242; Soergel-Schultze = v. Lasaulx, 21, 23 ff. 30 § 167; Palandt-Danckelmann, § 173 Anm. 4; Fikentscher, AcP 154, 1 ff. (8 f).

"Hinzufügung"[1] der relevanten Merkmale wieder zu einer subsumtionsfähigen Anspruchsgrundlage konkretisiert werden kann[2]. Diese Konkretisierung wird aber dabei trotz der überspannten Reduzierung nicht vorgenommen. Folglich bringt diese Reduzierung auf die "Rechtsscheinhaftung" nichts weiter ein als die Irreführung, daß es bei der Anscheinsvollmacht nicht auf ein Verschulden des Veranlassers ankomme[3]. Die bloße Veranlassung des "Rechtsscheins" wird daher praktisch zum einzigen Merkmal der Haftungsgrundlage[4] [5]. Eine einleuchtende Begründung, genauer gesagt, überhaupt eine Begründung

---

1) Larenz, Methodenlehre, S. 414: "Durch Weglassen oder Hinzufügen einzelner Merkmale kann man auf einer solchen 'Begriffsleiter' hinauf- und hinabsteigen".

2) Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, § 43 I (S. 527).

3) Enn-Nipperdey, AT, § 184 II 3 c; a.A. Lehmann-Hübner, AT, S. 320; Palandt-Danckelmann, § 173 Anm. 4 c aa; Staudinger-Weber, A 208 § 242.

4) Mit Recht sagt Esser, "(d)ie Rechtsprechung stellt zwar auf Elemente 'pflichtgemäßer Überwachung' ab, versteht sie aber nicht ausdrücklich als spezifische Merkmale echten Verschuldens beim Vertragsabschluß, sondern fragt wesentlich danach, ob sich der Geschädigte, der etwa Vorauszahlungen an den falsus procurator geleistet hat, auf einen zureichenden Vertrauenstatbestand berufen kann" (SAT, S. 378); vgl. ferner Fikentscher, aaO. S. 6 ff; Soergel-Schultze = v. Lasaulx, 21, 23 § 167.

5) Dieses Ergebnis entspricht auch der Ansicht von Canaris, daß nicht nur die ausschließliche, sondern auch die subsidiäre Verbindung des Rechtsscheinsgedankens mit dem Verschuldensprinzip dem geltenden Recht fremd sei (Vertrauenshaftung, § 38 II 2). Dazu in Widerspruch stehen jedoch die von ihm in der Kategorie "Kenntnis-Unkenntnis" vorgenommenen "systemprägende(n) Differenzierungen", die als Abstufung der Zurechenbarkeit, nichts anders darstellen als Abstufungen des Verschuldens (vgl. aaO. S. 528). Trotz aller seiner Bemühung, die Rechtsscheinhaftung nach dem Risikoprinzip zu behandeln (aaO. § 38 III) und dementsprechend die Zurechenbarkeit von dem Verschulden zu unterscheiden, identifiziert er beide bei folgenden Ausführungen: "An die Stelle der bewußten Schaffung eines Scheintatbestandes tritt also dessen lediglich f a h r l ä s s i g e Verursachung. Es fragt sich, ob das für eine Haftung nach Rechtsscheinsgrundsätzen genügt" (aaO. S. 48).

hat die h.M. bis jetzt nicht hervorgebracht[1]. Sie stellt demnach eine bloße Behauptung dar.

Als Anspruchsgrundlage schlägt Flume[2] zutreffend culpa in contrahendo vor. Nicht zuzustimmen ist jedoch seiner Ansicht in bezug darauf, daß die Haftung aus culpa in contrahendo "stets auf das negative Interesse beschränkt"[3] sei, weil die Richtigkeit dieser Beschränkung hier eben zu prüfen ist, und deren Vorwegnahme eine petitio principii darstellt.

Die Behandlung des Problems des Umfangs des Schadensersatzanspruchs setzt voraus, daß zwischen dem "Vertretenen" und dem von dem "Vertreter" vorgenommenen "contrahendo" eine Beziehung besteht, die sich auf die schuldhafte (fahrlässige) Verletzung der Überwachungspflichten des "Vertretenen" gründet[4].

Hinsichtlich des Umfangs des Schadensersatzanspruchs wird immer wieder die Frage gestellt, ob eine Erfüllungshaftung hier sachgerecht und dem geltenden Recht entsprechend sei. Zuerst muß man sich darüber im klaren sein, daß es gewissermaßen nur eine "ideologische" Aussage (im Sinne von der Überhandnahme der Privatautonomie) ist: "Aus einer fahrlässigen Pflichtverletzung folgt nach geltendem Recht eben keine Erfüllungshaftung, sondern nur Schadensersatzhaftung"[5], die

---

1) Mit Recht bemerkt Flume dazu: "Wieso und weshalb es beim 'Rechtsschein' aber anders sein soll, als nach den Grundsätzen des Vertrauensschutzes, sagt die Entscheidung (sc. des Reichsgerichts RG 170, 281 ff.) nicht und wird auch sonst in Literatur und Rechtsprechung nicht begründet" (Rechtsgeschäft u. Privatautonomie, 100. DJT (1960) Bd. I S. 182; AT, S. 834).

2) Flume, AT, II S. 835; ihm folgt Medicus, Bürgerliches Recht, § 5 III 3 c; im Ergebnis weithin ähnlich auch Larenz, AT, 1. Aufl. S. 570, und Diederichsen, Fälle und Lösung, BGB AT, 1969, 101 ff. (105 ff.).

3) Flume, aaO. S. 835. So auch Medicus und Diederichsen aaO.

4) So Diederichsen, aaO. S. 105 ff.

5) Canaris, aaO. S. 51.

grundsätzlich nicht auch das Erfüllungsinteresse deckt. Die Richtigkeit dieser Aussage wird immer wieder an dem Umstand relativiert, "daß ohne das Verschulden ein Vertrag zustande gekommen wäre"[1]. Diese Relativierung ermöglicht es Theorie und Praxis, bei (dem Versuch) der Verwirklichung des Grundsatzes der Privatautonomie deren Zweck wahrzunehmen.

Es fragt sich, wie jener Umstand,"ohne das Verschulden wäre der Vertrag zustandegekommen",rechtlich zu qualifizierenist. Es stellt eine gewisse Stufe der Vertragsverhandlung dar, in der das Äquivalenzverhältnis ausgehandelt ist. Die Bedeutung dieser Stufe liegt darin, daß die Abschlußfreiheit die Gestaltungsfreiheit nicht überspielen soll; d.h. wenn die Gestaltungsfreiheit durch Erreichung dieser Stufe verwirklicht ist, darf ein Partner nicht wiederum ohne triftigen Grund die Verhandlung durch Berufung auf seine Abschlußfreiheit scheitern lassen[2]. Sonst ließe sich unter Abschlußfreiheit praktisch nur verantwortungslose Willkür verstehen, was nicht der gegebenen Interessenlage entspräche. Das sollte vor allem für die Fälle gelten, in denen kein Streit darüber besteht, daß das Äquivalenzverhältnis bereits ausgehandelt ist[3], z.B. die Fälle von Formmängeln oder der Vertretung

---

1) Dieser Gedanke wird m.E. am häufigsten im Fall des Formmangels herangezogen, hierzu vgl. unten § 4 IV C 1; gleichzeitig, wenn auch seltener, in anderen Fällen (vgl. S. 78 und eben da Anm. 2).

2) Vgl. oben § 3 I B; § 4 II A.

3) Es wird grundsätzlich angenommen, daß ein ausgehandeltes Äquivalenzverhältnis richtig ist (vgl. Bydlinski, Privatautonomie, S. 62 ff., 106 ff.). Die Richtigkeitsgewähr dieser Annahme hängt wiederum von der Wirtschaftsverfassung bzw. Vertragsinhaltskontrolle ab (vgl. Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, 100. DJT (1960) Bd. I S. 126, 131 ff.). Jedoch gilt es nur für entgeltliches Geschäft; so sollte dann auch die Anerkennung der Anscheinsvollmacht hierauf beschränkt werden (vgl. Larenz, AT, § 2 V).

ohne Vertretungsmacht. So ein Streit etwa über das Bestehen der Vollmacht entsteht meistens nachträglich (nämlich erst nach Abschluß der "Verhandlung") in diesen Fällen insbesondere wegen der Untreue des "Vertreters"; andernfalls würde der Vertretene sicher gern zu dem Vertrag stehen[1].

Der mögliche Einwand hiergegen, der mit den §§ 119 ff. begründet wird, ist nicht zutreffend, zum einen, weil die §§ 119 ff. auf dem Veranlassungsprinzip beruhen und daher einem Fall von Verschulden nicht gerecht werden können, zum anderen, weil dort die Gestaltungsfreiheit im Gegensatz zu hier nicht verwirklicht[2] ist, also beide in wesentlichen Punkten unähnlich sind. Ebensowenig kann § 118 die Beschränkung des Umfangs des aus der Anscheinsvollmacht entstandenen Schadensersatzanspruchs begründen, weil in diesem Fall die Erkennbarkeit des Mangels der Vollmacht gerade durch die den Tatbestand einer Anscheinsvollmacht begründenden Umstände ausgeschlossen ist im Gegensatz zu § 118, der eine objektive Erkennbarkeit des Mangels der Ernstlichkeit voraussetzt[3].

Vermutlich ausgehend von der Überlegung, daß die Verhandlungspartner ihre Gestaltungsfreiheit voll ausgeschöpft hätten und daß, anders als im Fall eines Formmangels, keine Behinderung durch den Normzweck besteht, begnügt sich die h.M.[4] im Fall der Anscheinsvollmacht mit bloßer Fahrlässigkeit, um einen Schadensersatzanspruch auf Erfüllungsinteresse zuzugestehen, mag sie auch geschickt vermeiden, culpa in contrahendo heranzuziehen.

---

1) Z.B.: Hätte der "Vertreter" dem "Vertretenen" den vom Geschäftsgegner erhaltenen Kaufpreis überreicht , dann hätte der Vertretene nicht das Bestehen der Vertretungsmacht in Frage gestellt (so im Fall BGH NJW 62, 1003).

2) Wenn auch die Verwirklichung von dem "Vertreter" vorgenommen wird, so sollte ihre Bedeutung nicht deswegen unterschätzt werden.

3) Vgl. oben § 3 II A 1.

4) Aus der Rechtsprechung vgl. BGHZ 5, 111 ff. (116) = NJW 52, 657 f.; BGH LM Nr. 4 zu § 167 = MDR 53, 345 f.; BGH LM Nr. 11 zu § 167 = NJW 62, 1003; BGH NJW 56, 1673; BGH VersR 61, 82 f.; BGH NJW 62, 2196 ff.; OLG Stuttgart NJW 66, 1461 f.; OLG Köln NJW 73, 1798 ff.; aus dem Schrifttum vgl. oben S. 111 Anm. 4 .

B. Haftung des Vertreters

1. Vertretung mit Kenntnis des Mangels der Vertretungsmacht (§ 179 I)[1]

War sich der Vertreter bei dem Abschluß des sonst "wirksamen"[2] Vertrages des Fehlens seiner Vertretungsmacht bewußt, so hat der Geschäftsgegner nach seiner Wahl das Recht, den Erfüllungsanspruch oder dessen Ersatz, sein Erfüllungsinteresse[3], geltend zu machen, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigert[4].

---

1) Zur Frage ob der Fall des § 179 überhaupt als ein Fall von culpa in contrahendo eingeordnet werden soll s. o. § 3 II B 2 a.

2) "Der abgeschlossene Vertrag hätte wirksam sein müssen, wenn er genehmigt worden wäre". (Soergel-Schultze-v. Lasaulx, 6 § 179; Näheres vgl. ders. 7 § 179; Larenz, AT, S. 503); Flume AT, II, S. 802: "Er (SC. der Vertreter) haftet nach § 179 als Garant nur für das Bestehen der Vertretungsmacht, nicht aber für sonstige Mängel des Geschäfts. Ist das Geschäft also - unbeachtet des Nichtbestehens der Vertretungsmacht - aus irgendwelchen Gründen unwirksam, so entfällt auch die Haftung nach § 179. Ist der Vertretene als Person nicht in der Lage, das Geschäft abzuschließen, und deshalb das von dem Vertreter für ihn abgeschlossene Geschäft unwirksam, so ist dennoch die Haftung des Vertreters nach § 179 gegeben, wenn der Vertreter für den Vertretenen als eine Person aufgetreten ist, die das Geschäft abschließen könne". Zutreffende Beispiele sind: Minderjährigkeit oder sonstige Geschäftsfähigkeitsbeschränkungen des Vertretenen Nichtexistenz des Vertretenen.

3) Der Ausdruck "Schadensersatz wegen Nichterfüllung", mag er auch als üblich für eine Umschreibung des Erfüllungsinteresses angesehen werden, (Larenz, AT, S. 502) ist m.E. hier deshalb nicht angebracht, weil der andere Teil von vornherein nach seiner Wahl Schadensersatz verlangen kann und nicht erst dann, wenn der Vertreter in Verzug gerät oder die Erfüllung verweigert, nicht zuletzt auch deshalb, weil dieser kein Recht auf die Erfüllung hat, wenn der Geschäftsgegner von vornherein deren Ersatz, also das Erfüllungsinteresse, beansprucht.

4) Bei der Vertretung einer nicht existierenden Person oder einer juristischen Person, die zu einem Geschäft der fraglichen Art nicht fähig ist, erübrigt sich das in § 177 vorgesehene Verfahren, vgl. Flume, AT, S. 803.

Der Vertreter haftet aber nicht, "wenn der Geschäftsgegner der möglichen Genehmigung dadurch zuvorkommt, daß er seine Vertragserklärung gemäß § 178 widerruft"[1]. Diese Haftung ist eine gesetzliche Haftung[2]. Weil solche Fälle die Tatbestandsmerkmale der culpa in contrahendo, nämlich "culpa" und "in contrahendo" erfüllen, können sie auch unter culpa in contrahendo subsumiert werden. § 179 I ist daher als eine ausdrückliche Regelung der culpa in contrahendo anzusehen, obwohl er den Vertragsschluß voraussetzt[3].
Ein Rechtsinstitut wie das der culpa in contrahendo, das so wenige Voraussetzungen aufstellt, bedarf von vornherein weiterer Typisierung, die selbstverständlich nur durch Hinzufügung subsidiärerVoraussetzungen durchgesetzt werden kann, um die ihr unterstehenden Fälle möglichst sachgerecht lösen zu können. Ein von dem Gesetz geregeltes Beispiel dafür ist die in § 179 dargestellte Hinzufügung der Voraussetzung des Vertragsschlußes, der als höchste Entwicklungsstufe der Vertragsverhandlung in Verbindung mit dem höchsten Verschuldensgrad, dem Vorsatz, den Anspruch des Geschäftsgegner auf die Erfüllung bzw. das Erfüllungsinteresse rechtfertigt. Die von Larenz unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgeschäftslehre vorgenommene Ausführung[4] über § 179 I sind wegen ihres fiktiven Charakters abzulehnen. Schließlich ist zu bemerken, daß der Haftungsausschluß gemäß § 179 III insoweit für § 179 I nicht angebracht ist, als er sich auf das Kennenmüssen des Geschäftsgegners bezieht. Denn der Rechtsgedanke eines solchen Haf-

---

1) Vgl. Larenz, AT, S. 501.

2) Flume, AT, II. S. 802.

3) A.A. Flume, AT. S. 802.

4) Er spricht hier von der Übernahme des "abgeschlossenen" Vertrages: "Wählt der Geschäftsgener die Erfüllung, so nötigt er dadurch den Vertreter, den Vertrag zu übernehmen; folglich erlangt dieser jetzt die Stellung der Vertragspartei". Es ist auch zweifelhaft, ob der "abgeschlossene" Vertrag nach der Verweigerung des Vertretenen überhaupt noch besteht, so daß der Vertreter bei dieser Nötigung ihn übernehmen kann (AT, S. 502).

tungsausschlußes leitet sich aus dem Veranlassungs- bzw. dem Risikoprinzip ab, das der Fallgruppe des § 179 I nicht gerecht werden kann, deren Haftung Verschuldenshaftung ist. § 179 III sollte im Fall von § 179 I hinter § 254 zurücktreten. Ohne Deckung des Vertretenen haftet der Vertreter ohne Vertretungsmacht als der Handelnde auch für sonstige Fälle der culpa in contrahendo[1].

IV. Formmangel (II)

A. Überblick

Wegen der "Überverallgemeinerung"[2] der Regelung über den Formmangel (§ 125) kann diese nicht der konkreten Interessenlage gerecht werden. Dieser Zustand ist so kritisch, daß eine "Abmilderung" des § 125 überwiegend von der Lehre und der Praxis gefordert wird, obwohl § 125 eine zwingende Norm ist.

---

1) Vgl. Larenz, AT, S. 503; Flume, AT II. S. 805; Soergel-Schultze v. Lasaulx, 20 § 179.

2) Dieser Beurteilung liegt die Beobachtung zugrunde, daß Lehre und Praxis bei der Behandlung des Formmangels offensichtlich die Rechtsgeschäftslehre heranziehen. Ginge man dagegen von der Schadensersatzlehre aus, würde § 125 nicht für "überverallgemeinernd geregelt" gehalten werden müssen. Denn die schuldhafte Herbeiführung der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts erfüllt gerade die Voraussetzung der Schadensersatzhaftung. Von der Schadensersatzlehre gehen auch Canaris (Vertrauenshaftung, S. 276 ff.), Tasche (Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluß?, in: Jherings Jb 90, 101 ff. (116 ff.) und Staudinger-Coing (34 § 125 (S. 707))aus; ähnlich Flume, AT, II, § 15 III 4 c cc dd. Festzustellen, ob und wie die Fälle des Formmangels gruppenweise zu behandeln sind, ist Aufgabe der Theorie der Schadensersatzhaftung.

Zur Abmilderung bediente sich die Rechtsprechung des Einwands unzulässiger Berufung auf Formmängel im Prozeß[1] oder der materiellrechtlichen Einschränkung des § 125 durch den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242)[2]. Beide gehen von der allgemeinen Billigkeitserwägung aus und führen zu extremer Berücksichtigung der Fallgerechtigkeit. Dies widerspricht dem Gebot der Rechtssicherheit, die bei den Formvorschriften den Vorrang vor der Fallgerechtigkeit hat. Der BGH[3] ist zwar ersichtlich darum bemüht, die Einschränkung des § 125 innerseits mit der Formel zu begrenzen, daß die Nichtanerkennung des formnichtigen Vertrages nicht bloß zu einem "harten", sondern zu einem "schlechthin untragbaren" Ergebnis für den dadurch betroffenen Vertragsteil führen würde; es ist ihm aber nicht gelungen, ein praktikables Kriterium zu schaffen, bei dem die Rechtssicherheit und die Fallgerechtigkeit gleichermaßen angemessen berücksichtigt werden, weil es dieser Formel an der notwendigen tatbestandlichen Präzisierung[4] fehlt, die erst durch Typisierung (Gruppierung) vorgenommen und wettgemacht werden

---

1) Da ein Formmangel von Amts wegen zu berücksichtigen ist, kommt es bei der Nichtigkeit des Vertrages nicht darauf an, ob sich der Beklagte hierauf beruft. Diese Begründung ist daher dogmatisch unangebracht. So auch Gernhuber, Formnichtigkeit und Treu und Glauben, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, 151 ff. (154 f.). Enn.-Nipperdey, AT, S. 958; Larenz, SAT, S. 114 ff. mit weiteren Angaben von Schrifttum (aaO. S. 115 Anm. 5).

2) BGZ 157, 207 ff. (209); 169, 65 ff. (73); 170, 203 ff. (205); BGHZ 12, 286 ff. (303 f.); 16, 334 ff. (336 f.); 23, 249 ff. (254 ff.); 48, 396 ff. (398 f.). Vgl. auch Larenz, aaO. S. 116, Soergel-Hefermehl, 24 § 125; a.A. jedoch z.B. Flume, AT, II, § 15 III 4 c; Gernhuber, aaO. S. 160 ff.; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 274 ff..

3) Vgl. BGH NJW 65, 812 ff. (813); BGHZ 12, 286 ff.; 16, 334 ff.; 23, 249 ff.; 29, 6 ff.; 48, 396 ff..

4) So auch Soergel-Hefermehl, 23 § 125; Flume, AT, II, S. 274.

kann[1]. Dazu kommt, daß diese Formel die Vornahme der "Erfüllung" bzw. der "Disposition"[2] voraussetzt, die culpa in contrahendo nicht zur Voraussetzung hat. Demnach handelt es sich bei ihr um einen anderen Tatbestand als den der culpa in contrahendo. Weil die Erfüllung bzw. die Disposition eine zusätzliche Voraussetzung für die allgemeinen Fälle des Formmangels darstellt, ist diese Formel auch nicht geeignet, als "allgemeine Abgrenzungsformel"[3] bei der Einschränkung des § 125 durch den § 242 herangezogen zu werden. Es geht um den besonderen Problemkreis der "Erfüllung (bzw. der Disposition) des formnichtigen Schuldvertrages". Dies muß hier dahingestellt bleiben[4]. Jedoch fragt sich, ob die nach dem Vertragsabschluß erfolgte Erfüllung bzw. Disposition geeignet ist, ein Faktor zu sein, der die Wirksamkeit eines Vertrages mitbestimmt.

---

1) Die Fallgestaltung wird zwar von Esser (SAT, S. 39 f.), Larenz (SAT, S. 117), Flume (AT, II, S. 279 ff.), Medicus (Bürgerliches Recht, § 8 III) und Reinicke (Formmangel und Verschulden bei Vertragsabschluß, DB 67, 109 ff.) angewendet; sie dient aber offensichtlich nicht zur systematischen Verfestigung der oben erwähnten Formel.

2) Das in der oben erwähnten Formel genannte "hart" bzw. "untragbare" Ergebnis entsteht aus der von einer Partei nachträglich angestrebten "Rückabwicklung", die folglich die "Erfüllung" bzw. die "Disposition" voraussetzt; vgl. Canaris, aaO. § 27 II 2; aus der Rechtsprechung vgl. BGH NJW 65, 812 ff.; BGHZ 12, 286 ff.; 16, 334 ff.; 23, 249 ff. ; 29, 6 ff.; 48, 396 ff..

3) Vgl. Esser, SAT, S. 39.

4) Vgl. Flume, AT, II, S. 286 ff.; Canaris, aaO. § 27.

Dies ist mit Flume[1] zu verneinen[2], weil sie als das nach dem "Vertragsabschluß" Geschehene für die Feststellung der Wirksamkeit des Vertrages irrelevant ist. Nach dem Ausscheiden des irrelevanten Moments der Erfüllung bzw. der Disposition bei der Feststellung der Wirksamkeit des Vertrages reduzieren sich die relevanten Momente sachgemäß auf die Entwicklungsstufe der Vertragsverhandlung und den Verschuldensgrad. Der Fall des Formmangels erfüllt deswegen zugleich die Voraussetzungen der culpa in contrahendo[3]. Er ist nach diesen relevanten Momenten zu behandeln, so daß das Erfüllungsinteresse dann zu ersetzen ist, wenn entweder die Formvorschriften vorsätzlich nicht eingehalten wurden oder der Vertrag ohne die aufgetretene Fahrlässigkeit formgerecht abgeschlossen worden wäre.

B. Vorsätzliche Nichteinhaltung der Formvorschriften

Die Haftung auf das Erfüllungsinteresse desjenigen, der vorsätzlich die Formvorschriften nicht einhält, entspricht dem Rechtsgedanken des § 116[4]. Der Erklärende haftet hier wie dort nicht deswegen, weil er das Erklärte will (Geschäftswille), sondern weil er vorgibt, es zu wollen. Das Vorhandensein des Geschäftswillens ist zwar die Grenze zwischen der Rechtsgeschäftspflicht und der Schadensersatzhaftung, aber nicht die zwischen dem Erfüllungs- und dem "Ver-

---

1) Flume, AT, II, S. 276 ff..

2) Selbst wenn dies zu bejahen und die oben erwähnte Abgrenzungsformel durchsetzbar wäre, bleibt das Problem der angemessenen Einschränkung des § 125 durch den § 242 in dem Fall unberührt, in dem die Erfüllung überhaupt noch nicht erbracht wird.

3) Vgl. Tasche, aaO. S. 116 ff..

4) So auch Esser, SAT, S. 39; Flume, AT, II. S. 281; diesem folgt Larenz (SAT, S. 117), der hier darüber hinaus noch auf den Rechtsgedanken des § 162 hinweist.

trauens-"interesse. Das "dogmatische Bedenken"[1] widerspricht eher der Lehre der "restriktiven Interpretation des § 125" als der der culpa in contrahendo; oder genauer gesagt: Wenn hierbei ein dogmatisches Bedenken gegen beide besteht, wiegt es gegen die erste Lehre schwerer als gegen die zweite. Denn im ersten Fall geht es um die Existenzfrage der Lehre, im zweiten dagegen nur um den Umfang des Schadensersatzanspruchs. Hinsichtlich der ersten Lehre gibt es bis jetzt keine einleuchtende Begründung; hingegen wird das schematische Vorurteil, daß gemäß der culpa in contrahendo nur das negative Interesse beansprucht werden kann, heute allmählich abgebaut. Die Anerkennung des Grundsatzes, daß nach der culpa in contrahendo ggf. auch das Erfüllungsinteresse beansprucht werden kann, befindet sich auf dem Wege von der Typisierung zur Systematisierung[2]. Die Tatsache, daß Rechtsprechung[3] und Lehre[4] hierbei überwiegend die gleiche Rechtsfolge, nämlich den Schutz des Erfüllungsinteresses, befürworten, deutet auf die Rationalität dieser Rechtsfolge im Sinne des Konsenses. Die Leistungsbereitschaft des Verhandelnden bei der Vertragsverhandlung spielt im Fall der vorsätzlichen Nichteinhaltung der Formvorschriften für die Anerkennung des Erfüllungsinter-

---

1) Vgl. Esser, SAT, S. 39 f.

2) Die in § 4 dieser Arbeit dargestellte Fallgruppen zeigen gerade diese Entwicklung.

3) RGZ 72, 342; 82, 299 ff. (304 f.); 96, 313 ff. (315); 107, 357 ff. (359 ff.).

4) Esser, SAT, S. 39; Larenz, SAT, S. 117; Flume, AT, II, § 15 III 4 c cc; Reinicke, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, S. 46 ff.; Lehmann-Hübner, § 31 VII 4 a; Canaris, aaO. S. 276 ff.; Gernhuber, aaO. S. 176 f.; Soergel-Hefermehl, 21, 22, 24 § 125.

esses keine Rolle[1]. Ob der Vertrag formgerecht abgeschlossen worden wäre, ist objektiv nach der Entwicklungsstufe und nicht subjektiv nach der Leistungsbereitschaft des Erklärenden festzustellen. Der Formzweck des Schutzes vor Übereilung, der bei der Zurechnung des Schadensersatzes berücksichtigt werden soll, steht im Fall der vorsätzlichen Nichteinhaltung der Anerkennung der Ersatzpflicht nicht im Wege, weil die Formvorschriften hierbei auf der Seite des vorsätzlich Nichteinhaltenden ihre Funktion der Warnung vor Übereilung praktisch schon entfaltet haben.

C. Fahrlässige Nichteinhaltung der Formvorschriften

1. Der Vertrag wäre ohne die Fahrlässigkeit formgerecht abgeschlossen worden

Formvorschriften sind als gesetzliche Regelungen der Allgemeinheit prinzipiell zugänglich. Das besagt jedoch noch nicht, daß in einem konkreten Fall die Beteiligten Kenntnis dieser Vorschriften besitzen. Die Fahrlässigkeit eines Verhandelnden hinsichtlich der Nichteinhaltung der Formvorschriften kann darin bestehen, daß dieser durch positives Tun[2] dem anderen Teil gegenüber unrichtig behauptet, der abzuschließende Vertrag sei nicht formbedürftig; oder daß er,

---

1) So auch RGZ 107, 363: "Eine Arglist (sc. das Fehlen der Leistungsbereitschaft) in einem früheren Zeitpunkt, namentlich beim Vertragsabschluß, ist dazu nicht erforderlich". A.A. jedoch z.B. Reinicke, Formmangel und Verschulden bei Vertragsabschluß , DB 67, 109 (113 C). Es ist ein Ergebnis des Verkennens des Rechtsgedankens des § 116, der keinen besonderen Wert auf diese Erfüllungsbereitschaft legt. Es ist äußerst unsachgerecht, daß er meint, ausgehend von der vorsätzlichen Nichteinhaltung der Formvorschriften der Verkäufer ohne Leistungsbereitschaft bei der Vertragsverhandlung solle bloß auf das negative Interesse, hingegen der Verkäufer mit Leistungsbereitschaft auf das Erfüllungsinteresse haften (aaO.). Also haftet ein gutwilliger Verkäufer mehr als ein böswilliger.

2) Vgl. Reinicke, DB 67, 109.

ausnahmsweise verpflichtet[1] zu wissen, ob der Vertrag formbedürftig ist oder nicht, dem anderen dies mitzuteilen infolge seiner Unkenntnis unterläßt.

Wenn die Fahrlässigkeit festgestellt wird, und wenn der Vertrag ohne die Fahrlässigkeit formgerecht abgeschlossen worden wäre, haftet der schuldhaft Handelnde nach h.M. auf das Erfüllungsinteresse[2]. Da hier der Vertragsinhalt in der Regel schon ausgehandelt ist, bleibt bei der Feststellung, ob der Vertrag ohne die Fahrlässigkeit formgerecht abgeschlossen worden wäre, um die Schutzfunktion der

---

1) Dieses Problem ist nur in Verbindung mit der Berufsausbildung und der Gewährung der Kompetenz von bestimmten Berufstätigkeiten optimal zu lösen. Hierdurch wird die Grundlage geschaffen, daß innerhalb bestimmter Berufsgruppen (z.B. einer Wohnungsbaugesellschaft) die Verpflichtung besteht, über die die berufliche Tätigkeit betreffenden Gesetze, insbesondere über die bestehenden Formvorschriften, Bescheid zu wissen.

2) Gernhuber, aaO. S. 165, 176 f.; Reinicke, DB 67, 111 ff.; Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, II 2 (1952) S. 93 ff. (97 f.); Enn-Nipperdey, AT, § 154 III 4 (S. 958); Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht 4. Aufl. (1969) § 33 III 2 a; Gadow, Die Einrede der Arglist, in: Jherings Jb 84, 191; Nipperdey, Formmängel, Vertretungsmängel, fehlende Genehmigung bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand und Treu und Glauben, JZ 52, 577 ff. (581); Staudinger-Weber, D 444, § 242; Soergel-Hefermehl, 16, 21 § 125; Palandt, § 125 6 C aa; Burkhard Klinsporn, Der Abschluß formnichtiger Grundstücksveräußerungsverträge durch Wohnungsunternehmen, DB 67, 367 ff. (369); Wolfgang Frhr. Marschall v. Bieberstein, Anmerkung zu BGHZ NJW 65, 812, NJW 65, 1014 ff. Aus der Rechtsprechung vgl. RGZ 107, 357 ff. (360 ff.); 117, 121 ff. (124 f.); BGHZ 16, 334 ff. (336 ff.); 29, 6 ff. (11 f.); 48, 396 ff. (399); BGHZ NJW 65, 1269. Die Rechtsprechung unterscheidet sich jedoch insofern von der oben erwähnten Lehre, als sie nicht auch auf die "Entwicklungsstufe der Vertragsverhandlung" (vgl. oben S. 113 f.) abstellt, sondern lediglich auf die fahrlässige Erregung des Irrtums über die rechtliche Notwendigkeit der Förmlichkeit. Wegen dieser Vernachlässigung der Entwicklungsstufe der Vertragsverhandlung ergreift der jeweilige Senat nicht zufällig die allgemeine Abgrenzungsformel, daß die Einschränkung des § 125 durch den § 242 nur zur Vermeidung "untragbarer Ergebnisse" geschehen dürfe. Dennoch bleibt dies ebenfalls eine Flucht in die Generalklausel wie bei der bloßen Heran-

Formvorschriften zu berücksichtigen[1], nur noch die Frage, ob der schuldhaft Handelnde dabei übereilt mit dem Inhalt des Vertrages einverstanden war.

Ob man hier soweit gehen soll, daß der Verpflichtete auf Erfüllungsanspruch haftet, soll hier dahingestellt bleiben[2], weil es für das Ziel dieser Arbeit genügt, sich darüber Klarheit zu verschaffen, ob das Erfüllungsinteresse geschützt wird. Wenn aber der Erfüllungsanspruch anerkannt wird, sollte man dem Berechtigten das Wahlrecht geben, ob er Er-

---

ziehung des § 242. So hat nun der BGH in seinem Urteil vom 29.1.1965, V ZR 53/64 die von der oben erwähnten Lehre vertretene Ansicht bestätigt (BGH NJW 65, 812 (814)). A.A. jedoch z.B. Flume, AT, II, § 15 III 4 c dd, der meint, daß die h.M. dem Grundsatz der Privatautonomie widerspreche. Ihm ist jedoch nicht zu folgen, weil der Gedanke der Privatautonomie schon bei der Feststellung der Entwicklungsstufe der Vertragsverhandlung berücksichtigt ist; gegen die h.M. hat auch Lorenz (JuS 66, 429, 435 f.) Bedenken erhoben und hat auf den Wertungswiderspruch zwischen dieser h.M. und den §§ 307 II 2, 309 aufmerksam gemacht. Weil aber die Regelung über Unmöglichkeit interessen- und systemfremd ist, nämlich die Verschuldenshaftung der Veranlassungshaftung gleichstellt, ist sein Bedenken unbegründet. Ferner vgl. oben § 3 II D.

1) Nicht zuzustimmen ist den Ausführungen Hefermehls über diese Feststellung. Er meint, daß das nur anzunehmen sei, "wenn der Käufer nach Aufklärung über die Formbedürftigkeit auf gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Vertrages bestanden und der Verkäufer diesem Verlangen entsprochen hätte" (Soergel-Hefermehl, 21 § 125). Diese Ansicht ist nur reflexiv und formell gebildet. Das subjektive Moment, z.B. ob der Käufer nach Aufklärung auf die Einhaltung der Formvorschriften bestanden und der Verkäufer diesem Verlangen entsprochen hätte, ist nachträglich unbeweisbar, weil diese Formel sachfremd ist: Die Parteien wußten nicht, daß der Vertrag formbedürftig ist; es fällt ihnen selbstverständlich oft nicht ein, ob sie den Vertrag nach bestimmter Form abschließen; es fehlt deswegen auch am nötigen Sachverhalt, mit dem der Käufer das oben erwähnte subjektive Moment nachweisen kann. Dazu kommt, daß diese Formel mit der Schutzfunktion der Formvorschriften insbesondere dem Schutz vor der Übereilung auch nichts zu tun hat.

2) Vgl. Reinicke, DB 67, 112 f.

füllungsanspruch oder nur Erfüllungsinteresse verlangen will. § 179 I bietet ein geeignetes Modell dazu. Denn ein Vertragsverhältnis ist ein Vertrauensverhältnis. Ereignet sich etwas, wodurch das Vertrauen zwischen den Parteien gefährdet wird, dann sollte dem Berechtigten die Möglichkeit gegeben werden, darüber zu entscheiden, ob er weiter bei dem Vertragsverhältnis bleiben will. Diese Überlegung sollte auch für den Fall gelten, in dem der Erfüllungsanspruch des Berechtigten aufgrund des Schadensersatzrechts gewährt wird.

Das Problem des Mitverschuldens[1], das mit der Anerkennung des Schutzes des Erfüllungsanspruchs bzw. Erfüllungsinteresses auftaucht, ist hier deshalb ohne Belang, weil die Gerechtigkeitsgewähr schon durch das ausgehandelte Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung berücksichtigt wird. Jedoch ist der Vergleich der Schwere des Verschuldens beider Seiten für die Entscheidung darüber maßgeblich, wer von ihnen als Berechtigter bewertet werden soll.

V. Anfängliches Unvermögen (II)

Die §§ 275, 280 und 323 ff sind unter der Annahme geregelt, daß es dem Schuldner beim Vertragsabschluß subjektiv und objektiv möglich ist, die Leistung zu erbringen. Dieser Annahme entsprechend ist er nach dem Eintritt in die Vertragsverhandlung schon hier verpflichtet, den Verhandlungsgegenstand aufzubewahren (Aufbewahrungspflicht)[2], der die subjektive Möglichkeit des Schuldners bildet; wenn er z.B. den Verhandlungsgegenstand erst zu beschaffen hat ("Be-

---

1) Vgl. Reinicke, aaO. S. 113; Henrich, Die unbewußte Irreführung, AcP 162 (1963), 88 ff. (98 ff.).

2) Zur Aufbewahrungspflicht vgl. Staudinger-Weber, A 790 ff. (791) § 242.

schaffungsschuld"), ist er verpflichtet dem anderen Teil diese Sachlage und die ihm bekannten Beschaffungsschwierigkeiten mitzuteilen (Mitteilungspflicht). Wenn er diesen Pflichten nicht nachkommt, haftet er nach culpa in contrahendo. Ob hier Erfüllungsinteresse oder Vertrauensinteresse zu ersetzen sind, ist je nach dem Verschuldensgrad zu bestimmen: Bei Vorsatz ist das Erfüllungsinteresse zu ersetzen; bei Fahrlässigkeit sind es bloß die Vertrauensinteresse[1]. Da der Verschuldensgrad eben nach den Umständen des einzelnen Falles festgestellt wird, ist diese Ansicht derjenigen Essers insofern ähnlich, als er meint, daß das Stichwort "Garantievertrag" nicht ohne Einheitslösung für alle Fälle von anfänglichem Unvermögen sei, sondern nur ein Hinweis auf die Erheblichkeit von Umständen, die solche Garantieelemente aufzeigen[2]. Die Verwendung des Terminus "Garantievertrag" ist jedoch unglücklich, weil man dabei an Garantiehaftung[3] denkt, die nicht das Verschulden voraussetzt. Dies entspricht nicht der Sachlage des Falls des normalen anfänglichen Unvermögens, bei dem Ver-

---

1) Vgl. oben § 3 II E. Diese Ansicht vertrete ich deshalb, um dem Verdacht der Manipulation der Rechtsfolge (Beweismittel dieser Arbeit) zu entgehen (vgl. oben S. 36 Anm.1), nicht zuletzt auch um das unsachgerechte Ergebnis zu vermeiden, daß der Umfang der Haftung ggf. allein von dem Verhalten eines Dritten abhängig wird. So z.B. wenn die verkaufte Sache während der Vertragsverhandlung gestohlen wird, dann kann der Umfang der Haftung davon abhängig sein, ob der Diebdie Sache verbraucht hat. Denn das anfängliche Unvermögen geht infolge des Verbrauchs in die anfängliche Unmöglichkeit über. Der Verkäufer haftet in diesem Fall nach § 307 I nur auf das Vertrauensinteresse, aber in jenem Fall nach h.M. auf das Erfüllungsinteresse.

2) Esser, Schuldrecht 2. Aufl. S. 332; SAT, S. 207.

3) Esser, SAT, S. 53.

schulden vorliegt[1]. Darüber hinaus führt dies noch zu einem interessenwidrigen Ergebnis bei der Behandlung des Mitverschuldens. Man darf jedoch nicht übersehen, daß ein Garantieversprechen ggf. wirklich bestehen kann. Man sollte aber nach Möglichkeit Willensfiktionen vermeiden. Die Denkfigur des "Beschaffungsrisikos" ist neben der des "anfänglichen Unvermögens" als eine selbständige Kategorie anzusehen. Sie gehören nicht zueinander[2]. Ein Anspruch aus Beschaffungsrisiko und ein Anspruch aus anfänglichem Unvermögen sind jedoch nach dem Gedanken der Anspruchsnormenkonkurrenz als ein einheitlicher anzusehen, der mehrfach begründet ist.

VI. Anfänglicher Sachmangel

A. Arglistiges Verschweigen eines Fehlers bzw. arglistiges Vorspiegeln einer Eigenschaft[3].

Hat der Verkäufer zur Zeit des Kaufes einen Fehler arg-

---

1) So die von Esser angeführten Beispiele: "... So kann die Tatsache, daß der Verkäufer die Beschaffungsschwierigkeiten kannte, dem Käufer aber nichts davon sagte, sondern sich vorbehaltslos zur Lieferung zu einem bestimmten Termin verpflichtete, als Übernahme dieses Beschaffungsrisikos gedeutet werden. Gleiches gilt in den Fällen, in denen der Schuldner zur Rechtswirksamkeit der Leistung noch die Zustimmung eines Dritten einholen mußte. ..." (SAT, S. 207). In diesen Beispielfällen trifft den Verkäufer bewußtes Verschulden, das als Vorsatz zu bewerten ist, wenn er nicht beweisen kann, daß die Beschaffungsschwierigkeit bzw. die Zustimmungsbedürftigkeit objektiv erkennbar war. Bei Vorsatz ist das Erfüllungsinteresse zu ersetzen; bei bewußter Fahrlässigkeit sind es bloß das Vertrauensinteresse. Die Beurteilung des Umfangs der Haftung im Fall der bewußten Fahrlässigkeit entspricht der von Esser vertretenen Zurückhaltung gegenüber der Garantiehaftung: "Dennoch kann man auch hier nicht stets zu einer rigorosen Erfüllungshaftung gelangen" (SAT, S. 207).

2) Möglicherweise a.A. Esser, SAT, S. 211. Er meint, daß die Frage des Beschaffungsrisikos sich im Problemkreis des anfänglichen Unvermögens auswirke. D.H. sie überschneiden sich. Dies ist konsequent, wenn man von einem Garantieversprechen ausgeht.

3) Der Fall der Zusicherung gemäß § 463 S. 1 ist hinsichtlich

listig verschwiegen, so kann der Käufer gemäß § 463[1] statt Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Diese Ersatzpflicht deckt sich dem Umfang nach mit dem Erfüllungsinteresse. Diese Ansicht stößt, soweit ich sehe, nicht auf Widerstand[2]. Bei der Schadensabwicklung hat der Käufer nach h.M.[3] die Wahl: Er kann entweder die mangelhafte Sache zurückgeben und sein volles Erfüllungsinteresse ersetzt verlangen[4], oder die Sache behalten und

---

des Erfüllungsinteresses deswegen nicht als ein Fall der culpa in contrahendo anzusehen, weil sie eine rechtsgeschäftliche Garantieübernahme darstellt (Esser, aaO. 46). Nicht richtig und typisch von dogmatischem Vorurteil geprägt ist folgende Formulierung bei Soergel-Ballerstedt: "§ 463 S. 1 hat nichts mit culpa in contrahendo zu tun; denn wenn das Gesetz die Zusicherung als Verletzung der Pflichten aus dem vorvertraglichen Verhandlungsverhältnis hätte behandeln wollen, so hätte es dem Verkäufer nur Ersatz seines Vertrauensschadens zubilligen und überdies darauf abstellen müssen, wieweit der Käufer den Zusicherungen des Verkäufers tatsächlich vertraut hat". (20 vor § 459).

1) Die entsprechende Situation beim Gattungkauf regelt § 480 II.

2) Vgl. Esser, SBT, S. 47; Larenz, SBT, S. 51; Medicus, Bürgerliches Recht, § 15 V 1 c; Soergel-Ballerstedt, 11 § 463.

3) So Esser, SBT. S. 47; Larenz, SBT. S. 52; Medicus, aaO. § 15 V 1 c und Soergel-Ballerstedt, 11 § 463 mit Hinweis auf die Rechtsprechung.

4) Diese Berechnungsweise wird anerkannt, obwohl § 463 seinem Wortlaut nach dem Käufer den Ersatzanspruch nur dann einräumt, wenn er sein Recht auf Wandelung nicht ausübt ("und statt der Wandelung"). Es ist jedoch Esser zuzustimmen, wenn er meint: "Die Rückgabe ist hier gar keine Wandelung, sondern eine Maßnahme der Schadensabwälzung" (Esser, aaO. S. 47).

die Wertdifferenz zwischen dem Wert der Sache, wie sie ist, und dem Wert, wie sie sein sollte, geltend machen. Das arglistige Vorspiegeln einer Eigenschaft ist dem arglistigen Verschweigen eines Fehlers gleichzustellen[1]. Der Grund für die "Verschärfung der Haftung"[2] aus § 463 S. 2 liegt in der "Aufstufung" des Verschuldens des Verkäufers auf Arglist z.B. gegenüber dem "normalen" (das sind die übrigen, in § 3 dieser Arbeit beschriebenen und von der h.M. behandelten) Fällen der culpa in contrahendo. Aus diesem Grund ist es nicht möglich, mit Hilfe des § 463, zumindestens hinsichtlich des Vertrauensinteresses diese "normalen" Fälle auszuschließen; d.h. die normalen Fälle normal und die "besonderen" Fälle besonders zu behandeln. Dies soll gerade dazu dienen, den Umfang der Ersatzpflicht wegen Verletzung der Redlichkeitspflicht dem Grad des Verschuldens insbesondere der Arglist bzw. dem Vorsatz anzupassen und dadurch die Vernachlässigung dieses Gedankens im BGB wettzumachen. Die Arglist des Verkäufers stellt "einen besonders schweren Fall einer culpa in contrahendo"[3] dar. In diesem Sinne ist § 463 hinsichtlich des Erfüllungsinteresses bzw. Vertrauensinteresses lex specialis im Verhältnis zu der culpa in contrahendo, aber nicht in dem Sinne, daß jener diese ausschließt, sei es hinsichtlich der Redlichkeitspflicht, sei es hinsichtlich der Schutzpflicht. Wegen der Nichtberücksichtigung der Schuldfrage[4], in den Fällen der §§ 459, 462 und 467, wird deshalb die Heranziehung der culpa in contrahendo hinsichtlich der Redlichkeitspflicht wie im Fall des § 122 allgemein für unbedeutend gehalten. Dennoch fragt sich, ob der Verkäufer auch dann für Erfüllungsinteresse haf-

---

1) Esser, aaO. 46; Larenz, aaO. S. 51 f.; Soergel-Ballerstedt, 9 § 463.

2) Larenz, aaO. 51.

3) Larenz, SBT. S. 54.

4) Esser, SBT. S. 41.

ten soll, wenn er vor oder bei Vertragsabschluß die Verschlechterung der Kaufsache vorsätzlich verschuldete[1], aber nicht den aus der Verschlechterung sich ergebenden Fehler arglistig verschwiegen hat. Diese Haftung ist zu bejahen.

§ 5 Das Rückabwicklungsinteresse

Das Rückabwicklungsinteresse wird im Fall der Anfechtung nach der Regelung über die ungerechtfertigte Bereicherung befriedigt. Die Verfasser des BGB haben den damit verbundenen Problemen vor allem im Fall des gegenseitigen Vertrages[2] nicht die verdiente Aufmerksamkeit gewidmet. Um die dadurch hier auftretenden Schwierigkeiten zu umgehen, versucht man, z.B. Flume[3], Larenz[4] und Pawlowski[5], dieses Rückabwicklungsinteresse im Fall der Anfechtung in

---

1) Dies kann dann geschehen, wenn der Geschäftsherr selbst oder sein Geschäftsgehilfe ohne Wissen eines bereits zum Verhandeln geschickten anderen Gehilfen vorsätzlich die Kaufsache verschlechtert hat.

2) Mit Recht sagt Esser, daß das Gesetz vom einseitigen Bereicherungsanspruch ausgehe, weshalb die dogmatische Erfassung der Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge Schwierigkeiten bereite (SBT, § 105 II 2 (S. 382)).

3) Flume, AT, II S. 423 f..

4) Larenz, AT, S. 324 f.: "Zwar hat der Leistende in diesem Fall den Rückanforderungsanspruch nach § 812, der aber dann nicht zum Ziele führt, wenn der Empfänger der Leistung jetzt nicht mehr bereichert ist (§ 818 Abs. 3). In diesem Fall hilft ihm der Anspruch auf den Ersatz seines Vertrauensschadens, der nicht dem Einwand der nicht mehr bestehenden Bereicherung ausgesetzt ist" (aaO. S. 324).

5) Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, S. 48 ff..

das Vertrauensinteresse[1] einzuordnen. Jedoch hat Pawlowski die Ungeeignetheit dieser Einordnung zumindest hinsichtlich der Anwendung des § 122 II bemerkt und auf den synallagmatischen Zusammenhang der ausgetauschten Leistungen[2] zurückgegriffen. Daher sagt er, "daß trotz der Anfechtung die synallagmatische Abhängigkeit bestehen bleibt"[3]. Mit der Heranziehung eines Gedankens, der in der Saldotheorie seinen Ursprung hat, kehrt er praktisch wieder zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung zurück. Für eine ausführliche Behandlung dieser Problematik, die über die Grenzen der vorliegenden Untersuchung hinausführen würde, muß auf die einschlägige Literatur verwiesen werden.

---

1) Diesen Versuchen ist nicht zuzustimmen, weil Leistung und Gegenleistung nicht wie die Vertragskosten (vgl. S. 28 ff; 30 Anm. 6) dazu dienen, den Vertrag abzuschließen, sondern (hierbei) den (fehlerhaften) Vertrag abzuwickeln, und deshalb nicht in den Katalog des sog. Vertrauensschadens gehören, seien sie erbracht oder nicht, sei der Vertrag gültig oder nicht.

2) Pawlowski, aaO. S. 49.

3) Pawlowski, aaO. S. 50.

DRITTES KAPITEL: Zusammenfassung

§ 6 Zusammenfassung

Aus der in dem zweiten Kapitel vorgenommenen induktiven Typisierung ergibt sich:

I. Das statische Interesse

A. Das Versäumnis der h.M., zwischen statischen und dynamischen Interesse zu unterscheiden[1], barg in sich den Ansatz ihrer inzwischen erfolgten totalen Revision[2], daß das Erfüllungsinteresse keine Obergrenze des statischen Interesses sein soll, um den mit dem Begriff des "statischen Interesses" umschriebenen Problemen gerecht werden zu können.

B. Schädigt ein Verhandelnder vorsätzlich oder fahrlässig die Person oder das Vermögen des anderen Teils, hat er den dadurch entstandenen Schaden einschließlich der bloßen Vermögensschädigung zu ersetzen (Typus A).

II. Das dynamische Interesse

A. Die Vernachlässigung (bzw. das Vermeiden der Anerkennung) des dynamischen Charakters der Vertragsverhandlung (als eines werdenden Rechtsverhältnisses) führt zu einer allseitigen Durchbrechung[3] des von der h.M. vertretenen Grundsatzes, nach dem der Umfang des Schadensersatzanspruchs bei der culpa in contrahendo auf das negative Interesse eingeschränkt werden soll. Der Versuch, diesen Grundsatz trotz der Notwendigkeit seiner allseitigen Durchbrechung unangetastet zu lassen, zieht wiederum Fehlentwicklungen nach sich. Sympto-

---

1) Vgl. oben § 2 I B; S. 59 f.

2) Vgl. oben S. 23 und ebenda Anm. 4; S. 39 f.; S. 59 und ebenda Anm. 1.

3) Hier stehen sich folgende Fallgruppenpaare gegenüber: Die Ablehnung des Vertragsabschlusses mit triftigem Grund (vgl. oben § 3 I B) und ohne triftigen Grund (vgl. oben § 4 II A); fahrlässiger Willensmangel (Mangel der Ernstlichkeit, Irrtum und fahrlässige Täuschung vgl. oben § 3 II A) und vorsätzlicher Willensmangel (geheimer Vorbehalt,

matisch dafür ist die Überhandnahme der Fiktion von Willenserklärung[1] bzw. der Lösungsversuche mit Hilfe der Vertrauenshaftung (nämlich der Rechtsscheinhaftung)[2].

B. Der Oben von der h.M. behauptete Grundsatz hat deshalb tatsächlich für die Rechtswirklichkeit keine umfassende Bedeutung gewonnen.

---

arglistige Täuschung vgl. oben § 4 I A, B); fahrlässiger Willensmangel bei der Duldungsvollmacht (vgl. oben § 3 II B 1 b) und geheimer Vorbehalt bei der Duldungsvollmacht (vgl. oben § 4 III A 2); Vertretung ohne (vgl. oben § 3 II B 2 a) und mit Kenntnis des Mangels der Vertretungsmacht (vgl. oben § 4 III B 1); fahrlässige Nichteinhaltung der Formvorschriften (vgl. oben § 3 II C 1 a) und vorsätzliche Nichteinhaltung der Formvorschriften (vgl. oben § 4 IV B); Abschluß eines Vertrages ohne (vgl. oben § 3 II E) und mit Kenntnis des anfänglichen Unvermögens (§ 4 V). Das bedeutet, daß der Umfang des Schadensersatzanspruchs zunächst je nach dem Verschuldensgrad bestimmt wird: Bei Vorsatz ist das Erfüllungsinteresse zu ersetzen; bei Fahrlässigkeit sind es bloß das Vertrauensinteresse. Darüber hinaus wird der Grundsatz, nach dem der Umfang des Schadensersatzanspruchs bei der culpa in contrahendo auf das negative Interesse eingeschränkt werden soll, im Falle der Fahrlässigkeit weiter durch den Umstand relativiert, daß der Vertrag ohne die Fahrlässigkeit zustandegekommen wäre. Diese Relativierung wird zwar oft erwähnt (vgl. Enn-Nipperdey, AT, § 171 Anm.7, Lehmann-Hübner, AT, S. 247, Larenz, SAT, S. 95, Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 243, Palandt-Heinrichs, § 276 6 c, Soergel-Schmidt, 18 Vorbem. § 275, RGZ 103, 47 ff. (51)); sie wird aber ersichtlich nur im Falle der fahrlässigen Nichteinhaltung der Formvorschriften durchgesetzt (BGH NJW 65, 812 (814)). Hieraus folgt, daß der Begriff dieses Umstandes konkretisiert werden muß, damit er praktisch fruchtbar werden kann. Dieser Umstand wird in dieser Arbeit als eine bestimmte Entwicklungsstufe der Vertragsverhandlung verstanden, nämlich "wenn der Inhalt des abzuschließenden Vertrages schon ausgehandelt ist". Dies ist nach der objektiven Entwicklung der Vertragsverhandlung und nicht nach der nachträglichen erforschten Bereitschaft des schuldhaft Handelnden, den Vertrag abzuschließen, festzustellen (vgl. oben § 3 II A 1).

1) Vgl. oben § 1 II C 4; S. 12 Anm. 1; S. 67; S. 79 f; oben § 4 I A; S. 117, 128.

2) Vgl. oben § 4 III A.

C. Grundsätzlich ist nur, daß der Umfang des Schadensersatzanspruchs je nach dem Grad des bei der Vertragsverhandlung begangenen Verschuldens und der Entwicklungsstufe der Vertragsverhandlung festgestellt wird, wobei sich die weiteren Typen ergeben:

1. Trifft den Verhandelnden Vorsatz, so haftet er stets auf das Erfüllungsinteresse (Typus B 1).

2. Trifft den Verhandelnden nur Fahrlässigkeit, so haftet er dann auf das Erfüllungsinteresse, wenn der Vertrag ohne diese Fahrlässigkeit zustandegekommen wäre. Dies ist an dem Maßstab der Entwicklungsstufe der Vertragsverhandlung zu beurteilen (Typus B 2)[1].

3. Ist das nicht der Fall, so haftet er nur auf Ersatz des Vertrauensinteresses (Typus C)[2].

III. Die statisch-dynamische Gliederungstheorie stellt somit das Ergebnis der bisherigen Entwicklung des Rechtsgedankens der culpa in contrahendo dar.

IV. Durch das Abstellen auf den Vorsatz des Verhandelnden bzw. auf das "Ausgehandeltwerden des Vertragsinhalts" wird der Grundsatz der Privatautonomie bei der Gewährung des Erfüllungsinteresses ausreichend berücksichtigt.

---

1) Vgl. S. 78 und ebenda Anm. 2; oben § 4 III A 3, IV C 1.
2) Vgl. oben § 3 II C 1 a.

Verzeichnis der Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angeführten Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
BB	Der Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DB	Der Betrieb
100. DJT	Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960
h.M.	herrschende Meinung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen
VersR	Versicherungsrecht
VVS	Vertragsverhandlungssituation
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZStaatsw	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

Paragraphen-Angaben ohne weiteren Zusatz beziehen sich, soweit nicht der Zusammenhang etwas anderes ergibt, auf das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB).

Literaturverzeichnis

Ballerstedt, Kurt: Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151, 501 ff.

Boehmer, Gustav: Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Band II 2: Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung, Tübingen 1952.

Blomeyer, Arwed: Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl. Berlin/ Frankfurt 1969.

Bydlinski, Franz: Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien 1967.

Caemmerer, Ernst v.: Wandlungen des Deliktsrechts, in: Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band II S. 49 ff., Karlsruhe 1960.

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken in Gesetz, Berlin 1964.

-: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969.

-: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971 (Zitierweise: Vertrauenshaftung)

-: Ansprüche wegen "Positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen, JZ 65, 475 ff.

Craushaar, Götz v.: Haftung aus culpa in contrahendo wegen Ablehnung des Vertragsabschlusses - BGH, LM § 276 (Fa) BGB Nr. 28 - JuS 71, 127 ff..

Danz, Erich: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. Jena 1911.

Diederichsen, Uwe: Die Haftung des Warenherstellers München 1967.

-:"Schadensersatz wegen Nichterfüllung" und Ersatz von Mangelfolgeschäden, AcP 165 (1965), 150 ff.

Dölle, Hans: Außergesetzliche Schuldpflichten, ZstaatsW, 1943, S. 67 ff..

Eichler, Hermann: Die Rechtslehre von Vertrauen. Privatrechtliche Untersuchung über den Schutz des Vertrauens, Tübingen 1950.

Engisch, Karl: Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl. Stuttgart 1971.

Ennecerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. Tübingen 1958 (Zitierweise: Enn-Lehmann, Schuldrecht).

Ennecerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Halbband Tübingen 1959; 2. Halbband Tübingen 1960 (Zitierweise: Enn-Nipperdey, AT).

Esser, Josef: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt am Main 1970.

-: Wert und Bedeutung der Rechtsfiktion, 2. Aufl. Frankfurt am Main 1969.

-: Schuldrecht, 2. Aufl. Karlsruhe 1960.

-: Schuldrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1970 (Zitierweise: SAT); Bd. II: Besonderer Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1971 (Zitierweise: SBT).

Fikentscher, Wolfgang: Schuldrecht, 3. Aufl., Berlin 1971.

-: ESJ Schuldrecht I, München 1970.

-: Scheinvollmacht und Vertreterbegriff, AcP 154, 1 ff.

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd.: Das Rechtsgeschäft, Berlin/Heidelberg/New York 1965 (Zitierweise: AT, II).

-: Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 135 ff., Karlsruhe 1960.

-: Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten, AcP 161 (1962), 52 ff..

Frotz, Gerhard: Verkehsschutz im Vertretungsrecht, Frankfurt am Main 1972.

Gadow, Wilhelm: Die Einrede der Arglist, in: Jherings Jb 84, 174 ff. (191).

Georgiades, Apostolos: Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, München 1967.

Gerhardt, Walter: Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schutzverhältnis (Positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo) JuS 1970, 597 ff..

Gernhuber, Joachim: Formnichtigkeit und Treu und Glauben, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, S. 151 ff., Karlsruhe 1957.

Gotthardt, Peter-Jürgen: Der Vertrauensschutz bei der Anscheinsvollmacht im deutschen und im französischen Recht, Karlsruhe 1970.

Grimm, Dieter: Zur Abgrenzung der Schadensersatzansprüche aus § 635 BGB und das positiver Vertragsverletzung, NJW 68, 14 ff..

Heck, Philipp: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1952.

Henrich, Dieter: Die unbewußte Irreführung, AcP 162 (1963), 88 ff..

Hildebrandt, Heinz: Erklärungshaftung. Ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechts, Berlin/Leipzig 1931.

Hübner, Heinz: Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. I, S. 373 ff., München/Berlin 1965.

Klinsporn, Burkhard: Der Abschluß formnichtiger Grundstücksveräußerungsverträge durch Wohnungsunternehmen, DB 67, 367 ff. (369).

Lange, Heinrich: BGB Allgemeiner Teil, 14. Aufl. München 1973 (Zitierweise: AT).

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1969 (Zitierweise: Methodenlehre).

-: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Aufl. München 1967; 2. Aufl. München 1972 (Zitierweise :AT, Zitate ohne Auflagenangabe sind solche der 2. Aufl.).

-: Lehrbuch des Schuldrecht, 1. Band: Allgemeiner Teil, 10. Aufl. München 1970 (Zitierweise: SAT); 2. Band: Besonderer Teil, 10. Aufl. München 1972 (Zitierweise: SBT).

-: Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflichten und "sozialer Kontakt", MDR 54, S. 515 ff..

-: Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, Frankfurt am Main/Berlin 1966.

Lehmann-Hübner: Allgemeiner Teil des BGB, 16. Aufl., Berlin 1966 (Zitierweise: AT).

Leonhard, Franz: Verschulden beim Vertragsschlusse, Berlin 1910.

Lorenz, Werner: Rechtsfolgen formnichtiger Schuldverträge - BGH, NJW 1965, 812 - JuS 66, 429 ff..

Lüderitz, Alexander: Auslegung von Rechtsgeschäft, Karlsruhe 1966.

Medicus, Dieter: Bürgerliches Recht, 5. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1971.

-: Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS 65, 209 ff..

-: Vertragliche und deliktische Ersatzansprüche für Schäden aus Sachmängel, in: Tübinger Festschrift für Eduard Kern, S. 313 ff., Tübingen 1968.

Nipperdey, Hans-Carl: Formmängel, Vertretungsmängel, fehlende Genehmigung bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand und Treu und Glauben, JZ 52, 577 ff. (581).

Nirk, Rudolf: Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo, RabelsZ 18 (1953), 310 ff..

Oertmann, Paul: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Berlin 1928.

-: Anfängliches Leistungsunvermögen, AcP 140, 129 ff..

-: Ein Beitrag zur Frage der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, insbesondere für das Verschulden des Bestellers beim Abschluß des Werkvertrages, Leipziger Zeitschrift 1914, 513 ff..

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 32. Aufl., München 1973 (Zitierweise: Palandt-Bearbeiter).

Pawlowski, Hans-Martin: Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, Göttingen 1966.

Rabel, Ernst: Das Recht des Warenkaufs, 1. Bd., Berlin 1964.

Raiser, Ludwig: Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 101 ff., Karlsruhe 1960.

Raiser, Rolf: Schadenshaftung bei verstecktem Dissens, AcP 127 (1927), 1 ff.

Reinicke, Dietrich: Formmangel und Verschulden bei Vertragsschluß, DB 67, 109 ff..

-: Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, Berlin/Zürich 1969.

Rosenberg, Leo: Die Beweislast, 5. Aufl., München 1965.

Rosenthal-Bohnenberg: Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl., Berlin 1965.

Rother, Werner: Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München 1965.

Rothoeft, Dietrich: System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung, Tübingen 1968.

Schmidt, Eike: Nachwort zum gemeinsamen Neudruck der Abhandlungen von Ihering, culpa in contrahendo, und vonStaub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 131 ff. Berlin 1969.

Siber, Heinrich: Grundriß des bürgerlichen Rechts, Bd. 2: Schuldrecht, Leipzig 1931.

Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., Stuttgart seit 1967 (Zitierweise: Soergel-Bearbeiter).

Sonnenberger, Hans-Jürgen: Verkehrssitten im Schuldvertrag, München 1970.

Stammler, Rudolf: Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Berlin/Leipzig 1928.

Staudinger, J. von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., Berlin seit 1957 (Zitierweise: Staudinger-Bearbeiter).

Steinberg, Wilhelm: Die Haftung für culpa in contrahendo, Bonn 1930.

Stoll, Hans: Das Handeln auf eigene Gefahr, Tübingen 1961.

Stoll, Heinrich: Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen 1936.

Tasche: Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluß?, in: Jherings Jb 90, 101 ff..

Tuhr, Andreas von: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. Halbband, München/Leipzig, 1914 (Zitierweise: AT, II/1).

Weimar, Wilhelm: Verschulden beim Vertragsschluß bei Geschäftsräumen und Gaststätten, MDR 67, 459 ff..

Wintterlin, Werner: Die Haftung für fahrlässige Irreführung im englischen Delikts- und Vertragsrecht unter vergleichender Berücksichtigung des deutschen und nordamerikanischen Rechts, Frankfurt am Main/ Berlin 1968.

L e b e n s l a u f

Ich, Mao-zong Huang, wurde am 11. Januar 1944 in Swei-Sang, Chia-Yi, Taiwan als Sohn des Fu-zang Huang und der Sian Lai geboren. Vom September 1950 bis Juli 1952 besuchte ich die Volksschule in Swei-Sang. Vom September 1952 bis Juli 1956 besuchte ich die Ta-Tung Volksschule in Chia-Yi. Vom September 1956 bis Juli 1962 besuchte ich das Taiwan Provinziale Gymnasium. Nach dem Abitur habe ich an der Universität Taiwan acht Semester (vom September 1962 bis Juni 1966) Rechtswissenschaft studiert. Ich habe das Studium nach Erlangung eines akademischen Grades (Bachelor of Arts in Law) beendet. Ab Juli 1966 war ich ein Jahr bei der Armee als Militärrichter tätig. Im Anschluß an die Ableistung meines Militärrichterdienstes arbeitete ich bei der Kwang-Ming Tire AG als Meistergehilfe. Im September 1968 kehrte ich zum Forschungsinstitut für Rechtswissenschaft an die Universität Taiwan zurück. Im Sommer des Jahres 1970 habe ich die Promotionsbedingungen mit der Dissertation: "Studium über die Haftung des Warenherstellers" erfüllt und den akademischen Grad (Master of Arts in Law) erhalten. Vom September 1970 an war ich Ratgeber der Ta-Tung AG bis zum 31. März 1971. Vom 8. Juni 1971 an war ich im Goethe Institut in Schwäbisch Hall. Ab Oktober 1971 bin ich immatrikuliert an der Universität Tübingen.

Mao-zong Huang